

Section II

Le *soft law* : qui trop embrasse mal étroit ?

Isabelle HACHEZ

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

La ou le *soft law*? Si, pour la plupart, les auteurs ont privilégié le masculin¹, on sait que le nombre ne fait pas nécessairement la raison. X. Delgrange et L. Detroux – passés maîtres, il est vrai, dans

¹ Tous les auteurs ont en revanche privilégié l'expression « *soft law* » à ses traductions françaises, sous forme de « droit assourdi » (F. RIGAUD, « Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 213, 1989-I, p. 362 et 375, cité par G. ABI-SAAB, « Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 59. Sur la clarification de la notion que cette expression est censée véhiculer, cf. G. ABI-SAAB, *ibidem*, p. 60), « droit souple » (c'est l'expression recommandée par la commission de terminologie et de néologie en matière juridique, présidée par le professeur F. Terré, cf. *Les Annonces de la Seine*, 2008, n° 20, p. 4) ou encore « droit mou » (Conseil d'État français, « Sécurité juridique et complexité du droit ». Rapport public 2006, La Documentation française, Paris, 2006, p. 245, www.conseil-etat.fr, cité par X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La *soft law* intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou *mollis lex sed lex?* », volume 2 de l'ouvrage, note 1). Sur l'origine du terme « *soft law* », cf. I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *R.I.E.J.*, 2010, p. 38 et 39, n° 36, et les références citées (*adde* la précision de J. d'ASPREMONT, selon qui Lord McNair « semblait plutôt faire allusion à la distinction entre *lex lata* et *lex ferenda* », in « La déformalisation dans la théorie des sources du droit international », ce volume).

l'art du second degré – n'hésitent du reste pas à qualifier d'erreur l'usage du masculin au nom de la solution préconisée par la section de législation du Conseil d'État qui, pour sa part, écrit « la *soft law*² ». Loin de s'imposer en raison de « l'autorité de la section de législation du Conseil d'État [...], gardienne de l'orthodoxie des règles de rédaction³ », le choix entre l'une ou l'autre solution soulève à notre avis⁴ une question grammaticale, voire même sémantique : celle de savoir à quel terme français renvoie le terme anglais utilisé. Or, le terme « *law* » reçoit une double signification. Il désigne tantôt la « loi » au sens matériel⁵, par contraste avec le terme « *statute* » qui vise la loi au sens formel, tantôt le « droit⁶ ». Dans le premier cas, le terme français est féminin, tandis qu'il est masculin dans le second⁷.

Se profile alors une question bien plus fondamentale sous ce qui pouvait apparaître au départ comme relativement chimérique : qu'entend-on par *soft law*, et, bien plus encore, y a-t-il un sens à parler de *soft law* ?

Au-delà de l'expression retenue pour la désigner, et de la signification très générale qu'on peut lui conférer⁸, la notion recouvre des réalités on ne peut plus hétérogènes (hétérogénéité des instruments,

² X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, note 1. Sans chercher pour leur part à s'en justifier, K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER (volume 2 de l'ouvrage) privilégient également le féminin, tout comme S. GERRY-VERNIERES (ce volume), A. BERNARDI (volume 2), B. LOMBAERT (volume 2) et B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ (volume 3).

³ X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, note 1. La section de législation n'est en effet gardienne de cette orthodoxie que dans le cadre de la rédaction des projets de textes soumis à son contrôle.

⁴ Et à la suite de celui de M. VAN DE KERCHOVE émis dans le cadre d'un échange informel dont les propos qui suivent sont très largement inspirés, pour ne pas dire plus.

⁵ Ou la « règle de droit ».

⁶ C'est en ce sens que H. HART utilise le terme dans *The Concept of Law (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).

⁷ Le terme « *common law* » se prête au même type de question, et est d'ailleurs utilisé au masculin comme au féminin : le « *common law* » ou la « *common law* ».

⁸ A savoir désigner les formes souples de régulation sociale.

des acteurs, des destinataires...⁹⁾ qui rendent malaisé son approfondissement sur un plan conceptuel¹⁰⁾. C'est la raison pour laquelle à l'entame de cette recherche collective sur les sources du droit revisitées, on s'était aventuré à proposer une typologie des diverses manifestations du *soft law*, avant d'envisager les différentes manières pour l'ordre juridique étatique de les accueillir¹¹⁾. Plusieurs auteurs ayant par la suite discuté cette typologie – et on les en remercie vivement –, on ne peut, sous peine de rendre leurs propos illisibles, faire l'impasse d'une certaine répétition par rapport à notre texte initial. Notre réflexion ayant toutefois évolué, notamment grâce à leurs contributions, on agrémentera cette version de plusieurs inflexions, tout comme, plus généralement, de l'état actuel de nos réflexions.

I. Essai de classification

On n'est évidemment pas les premiers à tenter de mettre de l'ordre dans le *soft law*. Ainsi le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par J. Salmon identifie-t-il deux hypothèses de *soft law* dans la définition qu'il en livre. Il s'agit, selon ses termes, de « règles dont la valeur normative est limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires [première hypothèse], soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes [seconde hypothèse]¹²⁾ ».

⁹⁾ Voy. C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », *Le droit souple*. Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 144.

¹⁰⁾ En ce sens : J. CAZALA, « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration », volume 1 de l'ouvrage, qui parlait à son égard d'« énoncé attrape-tout », avant de confirmer que « la pratique est en cette matière particulièrement volatile, rétive à toute forme de systématisation ».

¹¹⁾ I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, p. 38 à 62.

¹²⁾ J. Salmon (sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1039. Voy., par ailleurs, les déclinaisons du droit souple en droit flou (norme indéterminée), droit doux (norme dépourvue de force obligatoire) et droit mou (norme dépourvue de force contraignante)

S'adossant à cette distinction, la typologie que nous proposons d'adopter revient essentiellement à détailler la première de ces hypothèses, en introduisant des sous-catégories destinées à rendre compte de son hétérogénéité, et à requalifier la seconde d'entre elles en « *soft law* intralégislatif¹³ ».

Cet essai de typologie appelle trois mises au point préalables.

D'une part, les manifestations de *soft law* répertoriées dans notre typologie ont en commun de proposer, de manière plus ou moins aboutie, un modèle pour agir et/ou pour juger¹⁴. En écho à la question soulevée en introduction, et à l'encontre du pronom auquel on a spontanément recouru, cette assertion plaiderait, d'un point de vue grammatical et sémantique, en faveur de l'usage du féminin (la *soft law*).

D'autre part, la terminologie proposée (*soft law* para-, péri et intralégislatifs) importe moins que les réalités qu'elle désigne, et il y a une part certaine de convention dans les termes que l'on suggère d'arrêter.

Enfin, loin d'être absolue, la frontière entre *soft law* et *hard law* s'apparente à une zone grise, à telle enseigne que le passage de l'un à

(C. THIBERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *R.T.D. civ.*, 2003, p. 599 et s.), ou encore le modèle tenté par ce même auteur autour des différentes fonctions remplies par une norme (obligatoire – décliné en impératif, supplétif, facultatif et incitatif –, recommandatoire – décliné en incitatif, optatif et consultatif –, déclaratoire – décliné en proclamatoire et déclaratoire – et inspiratoire) (« Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 155 et s.). Voy. également les classifications répertoriées par J. CAZALA, *op. cit.*, ainsi que la distinction établie par W. VAN GERVEN et S. LIERMAN sur la base des fonctions remplies par le *soft law* juridiquement non contraignant entre *pre-law*, *post-law* et *para-law* (*Algemeen Deel, veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meerge-laagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Kluwer, 2010, p. 148, et la référence citée). En ce sens, voy. encore la distinction de L. SENDEN entre les fonctions para-, pré- et post-législatives du *soft law* (*Soft Law in European Community Law*, Oxford, OUP, 2004, p. 119 et 120), à laquelle recourent, dans le volume 1 du présent ouvrage collectif, les contributions de N. DE SADELEER, d'une part, et de P.-O. DE BROUX et I. MATHY, d'autre part.

¹³ Il s'agit, au départ, d'une intuition partagée avec H. Dumont et alimentée par Fr. Ost, qui, au cours d'une discussion, suggéra d'éventuellement y ajouter le *soft law* méta-législatif (imaginaire qui inspire), voire cata-législatif.

¹⁴ Autrement dit, elles participent d'une conception large de la normativité (cf. I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 19).

l'autre se conçoit sous la forme d'un *continuum*, et non sous celle du franchissement d'un seuil. Le *soft law* peut du reste émerger ou disparaître à un moment donné. La notion de force normative rend particulièrement bien compte de cette dimension temporelle du droit¹⁵.

A. Les instruments normatifs non juridiquement contraignants : *soft law* para- et périlégislatifs

Soft law para-législatif et *soft law* périlégislatif constituent des catégories destinées à expliciter la première partie de la définition du *soft law* proposée par le *Dictionnaire international de droit public* : « Des règles dont la valeur normative est limitée [...] parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires [...] »¹⁶. En termes de force normative, ces deux catégories de *soft law* se caractérisent par un déficit du pôle de la valeur normative, dans la mesure, notamment, où elles ne sont pas portées par un ins-

¹⁵ Sur la notion de force normative, voy. les deux contributions qui lui sont consacrées dans ce volume. Sur la gradualité de la juridicité, cf. entre autres I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 31 et 33 ; A. PELLET, « Le "bon droit" et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie. Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement », *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Méthodes d'analyse du droit international – Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Pedone, Paris, 1984, p. 487 et 488, n° 14.

¹⁶ J. Salmon (sous la direction de), *op. cit.*, p. 1039. Cette première partie de la définition du *Dictionnaire de droit international public* correspond au « *non-legal soft law* » de Ch.-M. CHINKIN (« The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 850 à 866), au « *soft instrumentum* » de J. d'ASPREMONT (« Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials », *European Journal of International Law*, 2008, n° 5, p. 1081 à 1087) au droit doux, voire mou, de C. THIBIERGE (« Le droit souple... », *op. cit.*, p. 599 et s.), ou encore au droit souple non juridique de J. CAZALA (*op. cit.*). Elle est également visée par la seconde hypothèse évoquée par G. ABI-SAAB à propos du droit international (*op. cit.*, p. 66), et, à sa suite, par I. DUPLESSIS (« Le vertige et le *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007, p. 258). Voy., enfin, la première hypothèse envisagée par J.-M. JACQUET à propos du droit souple de substitution (« L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec, Paris, 2009, p. 342, n° 38).

trument juridiquement contraignant. Si elles présentent une certaine densité normative, c'est avant tout à leur effectivité, voire à leur efficacité, qu'elles la doivent, ou, autrement dit, à leur portée normative plus ou moins affirmée.

Adressée à des instruments normatifs non juridiquement contraignants, la qualification de *soft law* apparaîtra comme une contradiction dans les termes à ceux qui défendent une conception classique de la normativité, se caractérisant entre autres par le caractère obligatoire de la règle de droit¹⁷ : comment parler de *droit* souple, lorsque la caractéristique commune de ces différentes manifestations est l'absence de force obligatoire¹⁸ ? Ce n'est que si on partage une conception large de la normativité, renvoyant à l'idée d'un modèle¹⁹, que l'expression se conçoit. Dans cette conception, en effet, la règle de droit ne doit pas nécessairement imposer un comportement déterminé, elle peut aussi se limiter à influencer la conduite de ses destinataires ; de ce point de vue, la normativité embrasse aussi bien le *hard law* que le *soft law*.

Encore faut-il s'entendre sur l'*étendue* des instruments normatifs non juridiquement contraignants qu'on accepte de regrouper sous la qualification de *soft law*, ce qui appelle, en amont, à préciser la définition du droit (ou en tout cas de la normativité) qu'on promeut²⁰.

Prend-on uniquement en compte, sous ce label, les instruments qui, d'une manière ou d'une autre, sont identifiés par le droit étatique, et, par extension, par le droit international et européen (comme les recommandations visées à l'article 288 du TFUE), ou a-t-on également égard aux instruments non juridiquement contraignants émanant d'acteurs privés (comme des codes de conduite), que ces derniers disposent ou non d'un degré d'autonomie suffisant pour prétendre à la qualification d'ordre juridique non étatique ?

¹⁷ Cf. I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 18.

¹⁸ Selon J.-M. JACQUET, « il est visible que le droit souple se caractérise par une certaine mise à l'écart, subie ou recherchée, du caractère obligatoire communément reconnu comme propre à la règle de droit » (*op. cit.*, p. 339, n° 28).

¹⁹ Cf. I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 19 et les références citées.

²⁰ Cf. I. HACHEZ, *ibidem*, n° 14. W. VAN GERVEN et S. LIERMAN écrivent à cet égard que le « *soft law* [...] verwijst naar instrumenten die zich in de schemerzone bevinden *between law and politics* » (*op. cit.*, p. 148).

Plus fondamentalement, s'accorde-t-on pour exclure du droit, et donc du *soft law*, les normes sociales?

En fonction des réponses apportées à ces questions, on aura tendance à privilégier une conception plus ou moins stricte ou plus ou moins large (tout est question de point de vue) de la notion de *soft law*, comprise comme désignant des instruments non juridiquement contraignants. Que l'on cantonne la notion aux instruments dépourvus de force obligatoire adoptés par l'État ou dans le cadre d'une organisation internationale, et l'utilisation de cette notion pour désigner des instruments de régulation pris par des acteurs privés apparaîtra nécessairement abusive²¹.

Tout en soulignant que la définition du *Dictionnaire international de droit public* autorise, à notre avis, l'une et l'autre conceptions pour la première hypothèse qu'il envisage, il nous importe plus, à ce stade, de conscientiser le lecteur à ces potentielles divergences, que de trancher le débat. Aussi prendrons-nous pour l'heure le parti de maintenir l'expression de *soft law* pour désigner l'ensemble des normes juridiques dépourvues de force obligatoire, indépendamment de la qualité de leurs auteurs. On prendra cependant soin de doubler la distinction entre *soft law* para- et périlégislatifs d'une distinction entre droit étatique et non étatique, ou, plus précisément, entre acteurs publics et privés. On précise également adhérer à l'idée selon laquelle le *hard law* et le *soft law* ne se partagent pas l'ensemble du droit étatique, tout comme nous sommes convaincue du fait que la juridicité ne recouvre pas entièrement la normativité²².

Le *soft law* périlégislatif est lui-même décliné en différentes sous-catégories. L'ordre de présentation de celles-ci, tout comme la distinction principale entre *soft law* para- et périlégislatifs, tient aux rapports ou ressemblances de plus en plus étroits qu'elles entretiennent avec le *hard law*, obligatoire et formellement valide²³.

²¹ Se pose, en revanche, à leur égard la question de l'internormativité (sur cette notion, voy. la contribution de J. CHEVALLIER au présent volume).

²² Cette assertion laisse entière la question de la frontière entre droit et non droit. Le concept de force normative, complété par la théorie des trois cercles de la validité, pourrait, à cet égard, contribuer à tracer certaines lignes de démarcation.

²³ Le fait pour le *soft law* para-législatif de se retrouver le plus éloigné du *hard law* dans notre présentation ne l'empêche pas de se révéler parfois extrêmement

Aucune de ces catégories – pas davantage du reste que les sous-catégories qu'on esquissera – n'est exclusive d'une autre : un acte considéré peut relever de plusieurs catégories à la fois, ou basculer de l'une à l'autre avec le temps, sans compter que les frontières entre celles-ci – et c'est sans doute un signe de la limite de cette typologie – demeurent passablement poreuses²⁴. Peut-être charrie-t-on d'ailleurs une certaine illusion en cherchant à rationaliser ce qui, précisément, et en raison notamment de la diversité des fonctions qu'on lui assigne²⁵, se caractérise par son indistinction²⁶. Au risque

« *hard* » en raison de sa grande effectivité (voy. en ce sens la contribution de K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, « Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre "sources du droit" et *soft law* », volume 2 de l'ouvrage, n° 42), bien plus *hard* même que ce qu'on qualifie ici de *hard law* en puissance.

²⁴ Voy. en ce sens : D. DUMONT, « Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour », volume 1 de cet ouvrage, au sujet de l'accord sur la politique sociale européenne conclu le 31 octobre 1991 entre la CES, l'Unice et la CEEP qui répond à la fois à la qualification de *soft law* par-législatif, voire para-« constitutionnel », et à celle de *soft law* périlégislatif ou pé-ri« constitutionnel » (et plus précisément de droit proposé). Voy. également sur la perméabilité des frontières entre les fonctions pré-, post- et para-législatives du *soft law*, la contribution de N. DE SADELEER (« Classification des actes de droit non contraignant de l'Union européenne », volume 1 de cet ouvrage), spéc. p. 258 (avec l'exemple de l'accord cadre de 1995 sur le congé parental conclu par les partenaires sociaux) et p. 277 (au sujet des recommandations qui, répondant à des besoins très différents, peuvent « jouer simultanément une fonction pré-, post- et para-législative »). Voy. aussi N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST qui soulignent notamment la difficulté, dans leur matière, de faire le départ entre les différentes catégories de *soft law*, et, en particulier, entre les sous-catégories du *soft law* périlégislatif (« Les actes non-législatifs du Parlement peuvent-ils être des sources de *soft law* ? », volume 2 de l'ouvrage). Voy. encore la contribution de D. MISONNE à propos des normes techniques (volume 1).

²⁵ A titre purement exemplatif, un instrument juridiquement non contraignant peut se voir assigner l'une des fonctions suivantes, étant entendu que celles-ci sont parfois délibérément tues par son auteur : ménager des échappatoires au profit des États (J. CAZALA, *op. cit.*) ; « "faire bonne figure" sans s'imposer d'obligation » (D. SCALIA, « Les rapports du CPT dans la jurisprudence de la CEDH : un puits de normes ? », volume 1) ; incarner un compromis entre les intérêts divergents de l'Union et ses États membres, soucieux de conserver une certaine marge d'appréciation dans un contexte réglementaire très détaillé (P.-O. DE BROUX et I. MATHY, « Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques. Les frontières du *soft law* euro-

que la typologie esquissée s'apparente « au plan d'architecte d'un champ de ruines²⁷ », on se livre cependant à l'exercice.

1. Le *soft law* para-législatif

Le *soft law* para-législatif se distancie des canaux traditionnels du droit positif en offrant, dans le prolongement, dans le silence ou en opposition à celui-ci, un modèle formellement non contraignant du point de vue de l'ordre juridique étatique pour agir et/ou pour juger, « une sorte de production alternative du droit²⁸ ». Il peut aller jusqu'à menacer le mode formel de production du droit en prétendant s'y substituer. C'est, si l'on veut, l'hypothèse la plus extrême lorsqu'on envisage le *soft law* sous l'angle des rapports qu'il entre-

péen à l'épreuve », volume 1) ; traduire, sur base de « la compilation de "*best practices*" », « une synthèse cohérente de différents éléments "fragmentés" du droit des droits de l'homme » (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) ; « éviter toutes formes d'abus de pouvoir » afin « d'optimiser le fonctionnement de la société et, ainsi, de protéger l'intérêt des investisseurs » (M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, « Les règles de "bonne gouvernance" dans le droit des sociétés et le droit économique », volume 3, n^{os} 5 et 8) ou encore « une fonction d'interprétation ou de régulation » (S. GERRY-VERNIÈRES, « Les "petites" sources du droit (à propos des sources étatiques non contraignantes) », ce volume). Sans compter que le *soft law* rencontre un besoin de célérité, « se prêt[a]nt et s'adapt[a]nt à l'emballement du temps juridique » (*ibidem*, n^{os} 32 et s.). Voy. également, sur les fonctions du *soft law* en droit international, le point III de la contribution de J. D'ASPREMONT au présent volume (il y est notamment question de susciter la juridicisation de phénomènes qui en sont formellement dépourvu, de favoriser l'expansion du droit international associée au progrès ou encore la création de nouveaux objets de recherche pour la science du droit).

²⁶ Il y a en effet un certain paradoxe à vouloir ordonner une pratique qui, par essence, apparaît rétive à toute systématisation, ce qui est sans doute le point commun le plus marqué de ses différentes manifestations.

²⁷ Pour reprendre la belle formule que N. de Sadeleer nous avait adressée en son temps, à la lecture de la première version de notre article publié dans la *R.I.E.J.*, 2010.

²⁸ C. THIBIERGE, « Sources du droit... », *op. cit.*, p. 527, citant A.-J. ARNAUD à la note 42. Voy. pour une même qualification (*para-law*) désignant le *soft law* remplissant « een [...] plaatsvervullende rol », W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *op. cit.*, p. 148. Adde L. SENDEN, *op. cit.*, p. 120.

tient avec le *hard law*. Compris en ce sens, « [le] *soft law* [constitue] le produit final et non seulement une étape ou une phase intermédiaire dans le cycle de la vie du droit ; le produit voulu ou le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage pour [lui] ²⁹ ». D'où le recours au terme « para », qui, en grec, signifie à la fois « contre » et « à côté de » et, en l'espèce, contre ou au moins en concurrence avec le droit positif étatique ³⁰.

Dans notre texte suggérant des balises conceptuelles ³¹, on écrivait qu'ainsi compris, le *soft law* para-législatif se conçoit *a priori* mal dans le chef d'un acteur public, sauf, pour lui, à saboter la branche sur laquelle il repose, et on en déduisait que le droit souple para-législatif serait donc essentiellement le fait d'acteurs privés divers ³², intervenant pour répondre à des besoins nouveaux ou pallier l'absence de réglementation dans une matière où le besoin s'en fait sentir. On donnait comme exemple de *soft law* para-législatif les instruments d'autorégulation, comme les codes de conduite (ou en tout cas certains d'entre eux) ³³.

Il y avait là quelque naïveté à penser qu'un acteur public ne puisse intentionnellement inscrire son action en marge du droit positif. K. Munungu Lungungu et J. Poirier soulignent en ce sens que les pouvoirs exécutifs se dispensent parfois délibérément de

²⁹ G. ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 66.

³⁰ Sur le recoupement partiel entre le *soft law* para-législatif et la para-légalité, désignant des « normes inconstitutionnelles, mais considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par des élites », cf. H. DUMONT, « La para-légalité, un instrument de connaissance pour expliquer la mutation de certaines illégalités en sources formelles du droit », ce volume, spéc. le point III (on précise que ce propos a été rédigé en réponse à la version initiale de notre texte tenant lieu de balises conceptuelles, publiée dans la *R.I.E.J.*, 2010).

³¹ I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 44.

³² Voy., à propos des codes de conduite, B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », volume 3.

³³ Sachant que la notion de code de conduite recouvre elle-même des réalités multiples (voy. à cet égard, la contribution précitée de B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, ainsi que celle de M. BERLINGIN, G. de PIERPONT et Ph. STROOBANT sur les règles de « bonne gouvernance » dans le droit des sociétés et le droit économique), et étant entendu qu'on bascule rapidement dans la corégulation.

soumettre les accords de coopération qui le requièrent à l'assentiment des assemblées parlementaires, et ce afin d'éviter les différents contrôles qu'un tel assentiment aurait ouverts³⁴. Et les auteurs d'ajouter : « Paradoxalement, donc, les collectivités politiques s'inscrivent elles-mêmes dans une démarche de pluralisme juridique (qui est normalement analysé comme l'apanage d'organes non-étatiques). Ce

faisant, elles ne coupent pas la branche sur laquelle elles sont assises – bien qu'elle puissent couper (celle) de l'État de droit. Elles en choisissent une autre !³⁵ ». De leur côté, et tout en concédant qu'il « se conçoit *a priori* mal dans le chef d'un acteur public³⁶ », N. Lagasse, K. Muylle et M. Van der Hulst consacrent une partie de leur exposé au *soft law* para-légal des assemblées législatives en matière de dépenses électorales, d'affaires courantes et d'immunité parlementaire³⁷. Davantage que le souci de combler d'éventuelles lacunes ou imprécisions du droit positif, c'est le caractère politique de ces assemblées, confortées par l'absence de contrôle juridictionnel de leurs actes et le fondement constitutionnel de l'autonomie parlementaire, qui,

³⁴ Il en va de même des accords de coopération qui dérogent, en toute connaissance de cause, aux règles répartitrices de compétences fixées par la Constitution ou en vertu de celle-ci. *Cf.*, plus généralement, les trois hypothèses de para-légalité identifiées et résumées par les auteurs au n° 57 de leur contribution précitée, sachant que H. DUMONT range les accords de coopération soustraits à l'assentiment législatif parmi les « phénomènes, tantôt assez banals, tantôt plutôt instructifs, d'estompement, d'infléchissement ou de contournement de la norme » qu'il distingue de la para-légalité au sens prédéfini (*op. cit.*, p. 680-681). On notera encore qu'adopté par un acteur public, le *soft law* para-législatif pourrait le cas échéant déborder la catégorie des instruments normatifs non juridiquement contraignants qui l'abrite pourtant dans notre classification (voy. à cet égard, à propos des normes para-légales intra-étatiques, H. DUMONT, *ibidem*).

³⁵ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, n° 43, en ce compris la note 121, intégrée par nos soins dans le corps de la citation.

³⁶ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, « Les actes non législatifs d'un parlement : sources de *hard law* et de *soft law* », volume 2, p. 267.

³⁷ Voy. Le point II. A de leur contribution. Voy. également à cet égard la note 111 de la contribution précitée de H. DUMONT.

selon les auteurs, explique l'émergence du *soft law* para-légal en leur sein³⁸.

Du *soft law* para-législatif, on n'en dira cependant pas plus ici, laissant à plus expert que nous le soin de situer cette notion par rapport à la théorie de la para-légalité, tout comme de procéder à un relevé de ses manifestations parmi les différentes contributions de l'ouvrage³⁹.

2. Le *soft law* périlégislatif

Tout en étant dépourvu de force obligatoire et en proposant toujours un modèle pour agir et/ou pour juger, le *soft law* périlégislatif présente comme caractéristique de se déployer dans l'environnement («péri») du droit positif en vigueur, avec lequel il entretient trois types de rapports, qui constituent autant de sous-catégories du *soft law* périlégislatif: le droit recommandé, le droit proposé et le *hard law* en puissance. Compte tenu du caractère graduel de la juridicité, le degré de valeur normative augmente au fil de ces sous-catégories, dont les chances de pouvoir prétendre à l'acquisition de la validité formelle croissent parallèlement⁴⁰.

A la faveur d'un article corédigé avec Xavier Delgrange, on a cependant réalisé que les déclinaisons précitées se logaient, toutes, en amont du droit positif, à telle enseigne qu'elles étaient impuissantes à rendre compte de l'ensemble des phénomènes susceptibles

³⁸ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.*, p. 267. Voy. entre autres, à propos notamment de ces deux exemples, H. DUMONT, *op. cit.*, p. 680 et s.. Voy., enfin, Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, « 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, n° 32 : « On peut se demander si, en réalité, l'ensemble des circulaires ne relève pas de la para-légalité. Elles relèvent en effet l'irruption dans l'ordre juridique de l'ordre administratif interne ».

³⁹ Cf. la contribution précitée de H. DUMONT.

⁴⁰ On entrevoit toutefois la difficulté de distinguer, en pratique, le droit recommandé du droit proposé. Cette difficulté est notamment confirmée par N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.*

de se manifester sous cette bannière⁴¹. Au droit recommandé, au droit proposé et au *hard law* en puissance, il convient donc d'ajouter une quatrième catégorie – le *hard law* appliqué – pour désigner les interprétations et mesures d'exécution du *hard law*, non encore, elles-mêmes, cristallisées en droit dur, ou, plus généralement, la pratique se développant en aval de l'adoption de la loi et la complétant⁴². D'amont en aval, et inversement⁴³, le *soft law* périllégaliste témoigne ainsi bien mieux de l'environnement du droit positif en vigueur.

On précise enfin que si on avait dans un premier temps pensé exclure du *soft law* le droit consultatif⁴⁴, cette exclusion ne nous paraît en définitive pas fondée. La fonction de conseil assignée aux avis⁴⁵ – il s'agit pour son auteur d'exprimer son opinion sur une question donnée⁴⁶ – ne l'empêche pas de remplir également, dans

⁴¹ X. DELGRANGE et I. HACHEZ, « La prise en compte de la pratique dans l'appréciation du *standstill* : une indéniable source de complexité », volume 3, note 31.

⁴² A la suite de L. SENDEN, P.-O. DE BROUX et I. MATHY évoquent à ce propos la fonction post-législative du *soft law* (*op. cit.*, p. 18, et la référence de la note 41). Voy. en ce sens également les contributions précitées de N. DE SADELEER et S. GERRY-VERNIÈRES.

⁴³ Le *hard law* appliqué peut en effet, à son tour, tenir lieu de droit proposé, recommandé, voire de *hard law* en puissance, comme le montre très bien la contribution de P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.* En ce sens, P. DEUMIER insiste à juste titre sur la circularité qui caractérise le mouvement ascendant de la pratique (« partant des faits pour en faire émerger une règle ») et le mouvement descendant (« partant de la règle pour la ramener aux faits et lui donner son effectivité »), et donc sur la part d'artifice qui accompagne leur distinction, « La pratique et les sources du droit », volume 3. Voy. également en ce sens : Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, n° 32, pour qui les circulaires « assument au moins un rôle périllégaliste, dans l'environnement du droit positif, en devant celui-ci puis en lui servant de relais » (souligné par nous), même si, ajoutent les auteurs, elles peuvent parfois également – ou serait-ce toujours le cas ? – présenter une valeur para-législative.

⁴⁴ Cf. I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, p. 41 (deuxième mise au point préalable).

⁴⁵ Cf. en ce sens, et à propos des avis de la section de législation du Conseil d'État, L. VAN CRAYEBECK, « La jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État », *op. cit.*

⁴⁶ P. AMSELEK, « Libre avant-propos. Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2009, p. 7. Voy. aussi, à propos de la définition de

ce cadre, une fonction directive : comme le suggère F. Terré, « l'avis porte en germe le rescrit ⁴⁷ ». S'ils relèvent alors du *soft law* périlégislatif⁴⁸, il n'est cependant pas toujours aisé de les remiser dans une des sous-catégories suggérées, notamment parce qu'en plus de distinguer les différentes sortes d'avis (avis de la section de législation du Conseil d'État, avis des institutions européennes, avis de la Cour internationale de justice ⁴⁹, avis d'experts sollicités dans le cadre d'un litige...), il faudrait sans doute se prononcer au cas par cas pour pouvoir apprécier la (non) pertinence de ranger tel ou tel avis dans l'une ou l'autre des catégories proposées⁵⁰. Le propos est évidemment généralisable à d'autres actes ; on l'a déjà souligné : c'est une des limites de cet essai de classification ⁵¹.

l'avis, Fr. ZENATI, « La portée du développement des avis », *L'inflation des avis en droit*, sous la direction de Th. Revet, Economica, Paris, 1998, p. 101 et 102.

⁴⁷ F. TERRE, « Observations finales », *L'expertise*, p. 136, cité par Th. Revet, « Rapport introductif », *L'inflation des avis en droit*, sous la direction de Th. Revet, Economica, Paris, 1998, p. 8. Voy. également les « avis-pression » évoqués par Ph. JETSAZ, « Rapport de synthèse », *L'inflation...*, *ibidem*, p. 116 *in fine*. Dans sa contribution au présent ouvrage collectif sur la légisprudence de la section de législation du Conseil d'État, L. VANCRAVEBECK reconnaît du reste expressément en conclusion que l'avis de la section de législation du Conseil d'État est, dans certaines circonstances qu'elle prend soin d'exposer, « considéré comme un modèle pour orienter la pratique du destinataire de l'avis » (*op. cit.*). Voy. par ailleurs N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST qui incluent dans leur contribution précitée notamment « les avis motivés du Sénat sur les conflits d'intérêts entre assemblées législatives » parmi les exemples de *soft law* qu'ils fournissent.

⁴⁸ Cf., en ce sens, la contribution précitée de S. GERRY-VERNIÈRES sur les actes étatiques non contraignants, dont les avis émanant des juridictions.

⁴⁹ Cf. la contribution précitée de J. CAZALA et la référence doctrinale citée à la note 98.

⁵⁰ Compar. le point de vue exprimé par N. DE SADELEER au sujet des avis européens (art. 288, al. 5, TFUE) : ceux-ci s'insérant « généralement dans le cadre d'une procédure aboutissant à la prise d'un acte contraignant [...] [l]a distinction opérée [...] entre les fonctions pré- et post-législatives n'a guère de sens. En effet, la plupart des avis sont adoptés en vertu d'obligations de droit primaire ou de droit dérivé et sont généralement suivis par d'autres actes » (*op. cit.*).

⁵¹ Ainsi, si elles s'apparentent au *soft law* périlégislatif, on ne voit pas bien dans quelle sous-catégorie classer avec évidence les constatations des comités onusiens, voire les observations générales qu'ils adoptent également.

a) *Première sous-catégorie : le droit recommandé*⁵²

Contrairement au droit souple para-législatif, le droit recommandé ne se pose pas en concurrent du droit positif. Il le devance, lui sert de relais ou même agit en synergie avec lui. Ainsi peut-il encourager un rapprochement des législations dans le cadre de l'Union européenne⁵³, inscrire à l'agenda une question spécifique⁵⁴, « inciter à une action normative de la part des États⁵⁵ », ou encore concourir à la connaissance du droit positif applicable dans un domaine déterminé⁵⁶. « En remplissant ce [...] rôle d'étape dans l'évolution du droit, le *soft law* d'aujourd'hui est ou énonce le *hard*

⁵² A distinguer du droit inspiratoire ou du *soft law* méta-législatif, qui ne peut encore prétendre servir de modèle de conduite (il s'agit bien du masculin dans ce cas – le *soft law* –, à supposer que le terme « *soft law* » conserve quelque pertinence en l'espèce), même s'il peut inspirer sa conception. On pourrait ranger dans cette catégorie le droit comparé comme source d'inspiration du législateur ou du juge (voy. à cet égard : Fr. VAN DER MENSBRUGGHE, « Le Droit comparé comme source du droit ? », volume 3). L'expression « droit inspiratoire » est reprise à C. THIBIERGE, qui l'utilisait cependant pour rendre compte du droit proposé (« Nature juridique et force normative de la déclaration de Saint-Quentin ? », *L.P.A.*, 21 août 2008 (n° spécial consacré à la Déclaration pour la sauvegarde et la protection juridique de l'environnement proclamée le 3 juin 2008), p. 40 à 44).

⁵³ Voy. V. LASSERRE-KIESOW, « Les livres verts et les livres blancs de la Commission européenne », in *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 87, note 46.

⁵⁴ J. CAZALA, *op. cit.*

⁵⁵ I. DUPLESSIS, *op. cit.*, p. 247.

⁵⁶ Voy. P. DEUMIER, « Les sources de l'éthique des affaires. Codes de bonne conduite, chartes et autres règles éthiques », in *Libre droit. Hommage au professeur Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2007, p. 350 et 351. Compar. B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, *op. cit.* : « Il n'est [...] pas rare qu'un code de conduite reproduise purement et simplement tout ou partie d'une norme juridique applicable. Cette tendance à la répétition est d'ailleurs très souvent perçue comme rassurante par la doctrine qui y voit le signe que les codes de conduite – et autres instruments de "droit doux" – sont fondamentalement le relais des obligations juridiques. La conclusion devrait pourtant être exactement inverse. La propension des codes de conduite à reproduire jusqu'au prescrit des normes du droit positif démontre bien que ceux-ci ne sauraient être réduits à de simples auxiliaires du droit. »

law de demain». Il s'agit « d'un droit en gestation, trop jeune encore pour avoir tous les attributs et la force de la maturité⁵⁷ ».

Le recours à cette forme de droit souple peut être le résultat d'un choix délibéré. Tel est le cas lorsqu'une autorité publique par ailleurs habilitée à légiférer privilégie d'initiative un instrument dépourvu de force obligatoire. On songe, pour prendre un exemple précis, à la communication de la Commission sur le recours au principe de précaution⁵⁸. On songe également aux livres verts et blancs de la Commission qui, selon N. de Sadeleer, « sont tous deux des déclinaisons du droit recommandé⁵⁹ ». Moins fréquents que les premiers, les seconds gagnent en précision pour « définir [...] les lignes forces de l'action envisagée par la Commission », après consultation des parties intéressées ; ils peuvent du reste constituer le prolongement d'un livre vert, lequel peut également déboucher sur l'adoption d'une communication par laquelle la Commission révèle ses préférences en termes de suivi à donner au livre en question⁶⁰.

Il peut aussi constituer la seule voie possible. Soit que son auteur ne se voit confier aucun pouvoir normatif par le droit positif : c'est le cas de la plupart des acteurs privés. Soit qu'en vertu de son instrument constitutif, un acteur⁶¹ ne soit expressément habilité à adopter une norme que dans un instrument dépourvu de force obligatoire (*cf.* les recommandations en droit européen ou les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU). En droit belge, on pourrait éventuellement remiser dans cette catégorie les avis de la section de législation du Conseil d'État, ou en tout cas certains d'entre eux⁶².

⁵⁷ G. ABI-SAAB, *op. cit.*, p. 66 ; I. DUPLESSIS, *op. cit.* ; c'est la seconde hypothèse du droit souple de substitution évoquée par J.-M. JACQUET, *op. cit.*, p. 342, n° 38.

⁵⁸ J. CAZALA, *op. cit.*

⁵⁹ N. DE SADELEER, *op. cit.* Compar. C. THIBIERGE, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 153 et 154, qui situe les livres verts en amont du normatif, par contraste avec les livres blancs davantage aboutis.

⁶⁰ N. DE SADELEER, *op. cit.*

⁶¹ Qui contrairement à ce qu'on précisait dans la première version de cet article (« Balises... », *op. cit.*, n° 48) n'est pas nécessairement une autorité publique.

⁶² *Cf.* à cet égard les réserves formulées *supra*.

Soit, encore, qu'un organe propose une modification normative dans un domaine qui ne relève pas de sa compétence⁶³. Songeons aux résolutions par lesquelles une assemblée parlementaire recommande au gouvernement d'adopter une orientation politique déterminée au sein d'une enceinte internationale⁶⁴.

b) Deuxième sous-catégorie : le droit proposé

Le droit proposé rejoint plus nettement encore les circuits traditionnels du droit positif qu'il espère intégrer tel quel. Avec cette deuxième sous-catégorie, on se situe en effet en amont du processus formel d'élaboration de la norme, le droit proposé entendant essentiellement orienter l'action du législateur, en lui offrant de couler dans les formes du droit positif le modèle « prêt à l'emploi » qu'il lui soumet. Ce droit présente « un degré de formalisation certain en ce qu'[il est] exprimé [...] sous forme d'articles », destinés à « inspirer l'action du législateur et aussi des acteurs⁶⁵ ». « L'énoncé *soft law* a toutes les caractéristiques (énoncé prescriptif, précision, etc.) d'un énoncé *hard law* mais n'est pas obligatoire⁶⁶ ».

L'auteur du droit proposé peut être lié à l'autorité habilitée à légiférer. Le droit proposé prendra alors la forme d'un projet préparatoire à la rédaction d'un projet ou d'une proposition de loi, comme le Pacte scolaire ou le Pacte culturel, ou encore celle d'un accord

⁶³ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.* ; Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, n° 30.

⁶⁴ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.*, et les exemples cités. Les auteurs mentionnent par ailleurs, comme autres exemples de droit recommandé, les recommandations émanant « des commissions spéciales constituées sur une thématique particulière ou des commissions d'enquête », tout comme, dans le cadre, cette fois, de l'exercice d'une compétence autonome, certains avis motivés du Sénat sur les conflits d'intérêts entre assemblées législatives, qui préfigurent la position adoptée par le comité de concertation ou le législateur.

⁶⁵ C. THIBIERGE, « Nature juridique... », *op. cit.*, p. 42 et 43. Aussi C. THIBIERGE qualifie-t-elle ce genre normatif d'inspiratoire. J.-M. JACQUET l'évoque sous l'appellation de « droit souple de proposition » (*op. cit.*, p. 343, n° 44).

⁶⁶ J. CAZALA, *op. cit.*, qui donne l'exemple des lois types de la Conférence des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

politique⁶⁷. On peut également penser à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au stade de sa proclamation à Nice par le Conseil européen. De son côté, N. de Sadeleer évoque les programmes d'action de la Commission concernant des secteurs déterminés (protection des consommateurs, mobilité de l'emploi...) : de manière plus formalisée que les livres verts et blancs, ils ambitionnent « de lancer ou de structurer des politiques dans des matières qui rev(iennent) expressément ou implicitement » à l'Union européenne, par le biais d'« un agenda réglementaire bien précis, [et] notamment en énumérant les propositions législatives qu[e] [la Commission] serait disposée à adopter pendant la durée dudit programme⁶⁸ ».

A l'instar du constat posé pour le droit recommandé avec lequel il n'est pas toujours évident de le distinguer, certaines résolutions parlementaires peuvent également se présenter sous la forme de droit proposé, que ce soit à l'égard du législateur ou d'une autre autorité compétente en la matière⁶⁹. Il en va de même des « recommandations d'une commission d'enquête ou des commissions spéciales thématiques [...] lorsqu'elles sont suffisamment précises pour être coulées en force de loi⁷⁰ ».

Mais le droit proposé peut tout aussi bien émaner d'un acteur privé (comme, en France, les trente-sept professeurs de droit à l'origine du Rapport Catala ou la fondation Cousteau à l'origine de la Déclaration des droits des générations futures, voire encore la

⁶⁷ Ce dernier exemple est suggéré par N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.*, qui précisent que ces accords « sont moins le fait d'un organe législatif proprement dit que de certains de ses membres ».

⁶⁸ N. DE SADELEER, *op. cit.* On notera à cet égard que les règles de conduite exprimées dans ces programmes s'imposent à la Commission dans l'élaboration de ses propositions législatives. Compar., en droit interne, avec les circulaires : en principe, la ligne de conduite ne lie pas l'autorité qui l'a adoptée ; tout au plus peut-elle imposer à son auteur de justifier les raisons pour lesquelles il s'en écarte (Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT, *op. cit.*, spéc. n° 25 et s. *Adde* la contribution précitée de S. GERRY-VERNIÈRES : « Il n'existe pas, dans le droit positif [français], de mécanismes général autorisant un administré à imposer à l'administration de respecter sa propre doctrine »).

⁶⁹ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.* Tel est notamment le cas d'une résolution parlementaire invitant le pouvoir exécutif à ratifier un traité (*ibidem*).

⁷⁰ *Ibid.*

cinquantaine d'étudiants en droit, encadrés par deux universitaires juristes à l'origine de la Déclaration de Saint-Quentin⁷¹), étant entendu que ce dernier peut faire l'objet d'une reconnaissance légale. C'est le cas des partenaires sociaux européens, dont les accords-cadres soumis à l'homologation des institutions européennes s'apparentent à du droit proposé : « Les organisations syndicales et patronales européennes [...] livr[ent] à la Commission et au Conseil des textes prêts à l'emploi, qui ne demand[ent] plus qu'à être formellement transmués en droit dérivé⁷² ».

Enfin, à cheval sur le droit proposé et le *hard law* en puissance, on relèvera encore la norme mandatée par la Commission auprès d'une institution de normalisation dans le cadre de la nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation⁷³. « *Hard law* en puissance » car « dès l'acceptation du mandat confié à l'institut de normalisation, la norme qui s'élabore a clairement vocation [...] à fournir un modèle pour agir et pour juger ». Mais si l'on ménage une place dans cette catégorie au droit mandaté, la norme considérée participe tout autant du droit proposé dans la mesure où, dans un second temps, elle « contient assurément une dimension de "proposition" », son accession au statut de droit de l'Union étant subordonnée à son acceptation et sa publication⁷⁴.

c) *Troisième sous-catégorie : le hard law en puissance*⁷⁵

L'hypothèse envisagée suppose cette fois l'entrée dans le processus d'élaboration d'une norme. On est face à ce qu'on pourrait appeler une « présorce du droit ». Adoptée par une autorité habi-

⁷¹ Ces exemples sont repris à C. THIBIERGE, « Nature juridique... », *op. cit.*, p. 42.

⁷² D. DUMONT, *op. cit.* (voy. par ailleurs le libellé de l'article 155 TFUE). De son côté, I. FICHER relève qu'en matière de congé-éducation payé, le droit belge réserve expressément un droit de proposition au bénéfice des interlocuteurs sociaux (« L'accord interprofessionnel a-t-il une place parmi les sources du droit du travail ? », volume 2).

⁷³ Cf. D. MISONNE, « La normalisation technique », volume 1.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ L'expression est utilisée par J. CAZALA, *op. cit.*

litée⁷⁶, la norme en devenir a vocation à fournir un modèle pour agir et pour juger ; simplement, bien qu'entamée, la procédure à suivre à cette fin n'est pas encore clôturée. Cette catégorie de *soft law* ne poursuit aucun objectif particulier : elle est le point de passage obligé pour donner naissance à une norme de *hard law*.

La norme en puissance n'en produit cependant pas moins déjà certains effets, dont l'ampleur est susceptible de varier en fonction du moment considéré. Que l'on songe aux effets produits par un traité signé ou ratifié mais non encore entré en vigueur, à ceux déployés par une directive pendant son délai de transposition, ou encore aux effets qu'engendre la publication d'une loi avant son entrée en vigueur⁷⁷. Que l'on songe également aux accords de coopération requérant un assentiment législatif. En dépit de l'interprétation du Conseil d'État selon laquelle ces accords ne peuvent produire d'effets avant d'avoir reçu l'assentiment de tous les législateurs compétents⁷⁸, K. Munungu Lungungu et J. Poirier n'hésitent pas à les qualifier de « *hard law* en puissance » : « Situés dans l'antichambre du droit formel, de tels accords constituent une sorte de pré-droit, qui guidera le comportement des autorités publiques avant d'atteindre la clôture ultime des procédures d'approbation parlementaire⁷⁹ ». Enfin, bien plus en amont du processus d'élaboration de la norme, N. Lagasse, K. Muylle et M. Van der Hulst suggèrent d'inclure dans cette catégorie « les résolutions que l'assemblée s'adresse à elle-même afin de "sceller" un accord politique, en attendant le moment opportun pour le couler sous forme de loi ou le traduire dans son règlement », en tout cas lorsque cette traduction se « fait de façon quasi littérale⁸⁰ ».

⁷⁶ On pourrait cependant éventuellement songer à rattacher à cette sous-catégorie l'usage en passe de devenir coutume, ou, dans le vocabulaire de P. DEUMIER, la pratique (manifestation collective spontanée) en passe de devenir usage ou coutume (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, Paris, 2002, p. 83, n° 90).

⁷⁷ Voy. I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruylant/Sakkoulas/Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles/Athènes/Baden-Baden, 2008, n° 292, n°s 306 à 314, n°s 529 et s., et les références citées.

⁷⁸ Cf. K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.*

d) *Quatrième et nouvelle sous-catégorie : le hard law appliqué*

Là où on se situait jusqu'à présent en amont de l'adoption d'une norme ou en tout cas de son entrée en vigueur, on se déplace, avec la catégorie du *hard law* appliqué, en aval de celle-ci. Du point de vue du droit européen, cette catégorie correspond à la fonction post-législative identifiée par L. Senden⁸¹, et visant « à compléter, soutenir et interpréter le droit européen primaire comme secondaire, voire à harmoniser son application⁸² ». N. de Sadeleer souligne à cet égard que « les institutions veillent à faciliter, voire à accélérer la mise en œuvre d'une réglementation contraignante au moyen d'actes atypiques⁸³ » aux intitulés divers (encadrements, lignes directrices, orientations, guides, communications...). Instruments normatifs non juridiquement contraignants, ces actes n'en produisent pas moins certains effets juridiques, comme celui d'obliger la Commission à motiver sa décision si, en matière d'aides d'État par exemple, elle souhaite se départir des lignes qu'elle s'est fixées dans le cadre de son pouvoir d'appréciation⁸⁴.

Plus précisément, les recommandations de la Commission prises en application des réglementations sur les communications électroniques relèvent de cette catégorie⁸⁵. C'est également le cas des recommandations adressées par le Conseil aux États membres en vertu de l'article 126, § 7, TFUE, dans le cadre de la procédure pour déficit excessif. A supposer que l'État membre concerné ne s'y conforme pas, le Conseil peut le mettre en demeure d'adopter les mesures destinées à diminuer son déficit excessif, et aller jusqu'à lui imposer des sanctions financières⁸⁶. On citera encore les accords interinstitutionnels qui « s'inscrivent dans une démarche post-

⁸¹ L. SENDEN, *op. cit.*, p. 120.

⁸² P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.*

⁸³ N. DE SADELEER, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibidem*, et les références citées. Compar. *supra* note 68.

⁸⁵ P.-O. DE BROUX et I. MATHY, *op. cit.*

⁸⁶ N. DE SADELEER, *op. cit.*

législative dans la mesure où ils aménagent les procédures institutionnelles⁸⁷ ».

En droit interne, et indépendamment de la question de savoir si elles déboucheront ou non sur une révision de la Constitution, on serait tenté de ranger sous cette catégorie les déclarations de révision de la Constitution, compte tenu de la valeur interprétative que leur attachent parfois les organes d'application du droit : « C'est du "sens" même de la révision autorisée *de constitutione ferenda* qu'est tirée, *de constitutione lata*, une indication pertinente pour l'interprétation de dispositions constitutionnelles existantes⁸⁸ ».

On a par ailleurs, pour notre part, expressément suggéré de remettre dans cette catégorie la pratique *secundum legem*, résultant de l'application de la loi et venant la compléter, à supposer, évidemment, qu'elle relève du *soft law*⁸⁹.

B. Les instruments normatifs juridiquement contraignants et le *soft law* intralégislatif

Avec les instruments juridiquement contraignants, on est à présent au cœur du droit positif, le processus d'élaboration de la norme étant arrivé à son terme au point pour celle-ci d'être entrée en vigueur. La norme est formellement valide : elle a été adoptée par l'autorité publique compétente selon la procédure requise, et porte en conséquence l'habit du « *hard law* ».

⁸⁷ N. DE SADELEER, *op. cit.*

⁸⁸ 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. Sans chercher à préciser la catégorie dont elles relèvent, ou peut-être parce qu'aucune des trois catégories proposées à l'époque – droit recommandé, droit proposé, *hard law* en puissance – ne permettaient d'en rendre compte, les auteurs se contentent pour leur part de mentionner, dans leur introduction, qu'« il est permis d'apercevoir, dans ces déclarations de révision, une source de droit "périmconstitutionnelle" ».

⁸⁹ X. DELGRANGE et I. HACHEZ, *op. cit.*, note 31. Voy. en ce sens également, et à propos des sources étatiques non contraignantes comme les circulaires, avis émanant de juridictions..., S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.*

Il reste que « l'habit ne fait pas (nécessairement) le moine », et que si l'on se départit d'une approche purement procédurale pour adopter dans un second temps un point de vue matériel, on est amené à constater que certaines normes sont énoncées de manière fort imprécise⁹⁰. « *Hard* » dans leur forme, elles sont « *soft* » dans leur contenu, en raison de l'imprécision qui caractérise leur libellé⁹¹.

C'est le « *legal soft law* » de Ch.-A. Chinkin et le « *soft negotium* » de J. d'Aspremont, qui correspondent tous deux à la deuxième partie de la définition du *Dictionnaire de droit international public* : « Des règles dont la valeur normative est limitée [...] parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes⁹² ». Par contraste avec les catégories de *soft law* para- et périlégislatifs, on propose, pour notre part, de

⁹⁰ On relèvera à cet égard que, dans la théorie de la force normative, le pôle de la valeur normative recouvre aussi bien des questions « procédurales » (« Quelle est la qualité, l'autorité de l'émetteur de la norme ? », « Quelle est sa place dans la hiérarchie des normes ? », « La norme est-elle formellement valide ? »...) que des questions tenant davantage à son contenu (« Comment est formulé l'énoncé de la norme ? », « Quelle est sa légitimité ? ») (cf. C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », in *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2009, p. 822 et 840).

⁹¹ A tort ou à raison, on avait notamment rangé sous cette catégorie les articles proclamatoires, définissant de manière très large, les objectifs poursuivis par la législation, en raison de l'imprécision qui caractérise leur libellé (cf. les exemples cités in I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 54), tout comme, du reste, les lois symboliques ou mémorielles, voire les préambules des traités (cf. *ibidem*, n° 55). En revanche, et contrairement à ce qu'on a pu laisser entendre dans notre contribution précitée, les « *sunset laws* » ne nous paraissent pas relever du *soft law* intralégislatif : seule la durée de vie de la loi est en soi affectée, non son libellé (pas davantage, en tout cas, qu'une « simple » loi). On doit à Fr. Ost d'avoir attiré notre attention sur ce point. Voy. en ce sens également : A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits », ce volume.

⁹² Cette catégorie correspond également au droit flou de C. THIBIERGE, ou encore au droit souple juridique de J. CAZALA (voy. les références à ces auteurs citées *supra*, note 12). C'est la seule acception du *soft law* retenue par P. WEILL, *op. cit.*, p. 6 et s. Cf. également J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, qui ne juge le qualificatif « *soft law* » pertinent qu'en ce sens. De même, A. BAILLEUX intègre le *soft law* intralégislatif dans l'ordre juridique, à condition, toutefois, que les « diseurs de droit » y décèlent une norme (« Le *soft law* et les deux droits », ce volume).

qualifier de *soft law* intralégislatif les normes qui, en dépit de l'instrument contraignant qui les porte (*hard law*), présentent une force normative affaiblie⁹³ en raison de l'indétermination de leur contenu. Le préfixe «intra» indique à souhait que la souplesse du droit se loge dans son contenu, non dans son contenant, dans le *negotium*, non dans l'*instrumentum*.

Ici encore⁹⁴, on peut évidemment discuter de la pertinence de qualifier une norme formellement valide (*hard law* de ce point de vue) de *soft law*, en raison de l'imprécision de son contenu ; on y reviendra. Ce qu'il importe déjà de percevoir est que, parmi les instruments juridiquement contraignants, certains présentent, au départ, une force normative affaiblie en raison du libellé de leur énoncé, et, à ce titre, risquent de pâtir corrélativement d'un manque d'effectivité. Le reste (la qualification de *soft law* ou de *hard law*) est fonction du point de vue privilégié (le contenant ou le contenu), et est, en définitive, largement affaire de conventions.

Dans ce débat, il convient également d'être averti de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, qui subordonne la validité du *hard law* à certains «standards liés à la qualité de la loi», comme le principe de clarté de la loi, les objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le principe de normativité de la loi et l'exigence de non complexité excessive des règles législatives⁹⁵.

Enfin, rien n'empêche qu'une norme de *soft law* intralégislatif bascule progressivement dans le *hard law* à la faveur de sa reconnaissance par le juge, voire par un tiers⁹⁶, venu en préciser la portée. La

⁹³ Voire absente si l'on se fonde sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel français (C.C.fr., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, spéc. cons. 17. On y reviendra par après).

⁹⁴ Voy. également *supra*, étant entendu que l'enjeu portait, dans ce cadre, sur le caractère juridique ou non des instruments considérés, et non, comme ici, sur la question de savoir s'il convient de qualifier l'instrument juridique en question de *soft* ou de *hard*.

⁹⁵ Cf. *supra*, note 93, et *infra*.

⁹⁶ «Doit-on, par exemple, interroger M. EL BERHOUMI, considérer que le législateur décréteil en se référant systématiquement à l'objectif d'assurer à chacun des chances égales d'émancipation sociale érige l'article 6 du décret "missions" en *hard law*?» («A propos du *working paper* «Balises conceptuelles autour des

garantie normative dont bénéficie une norme est de nature à venir clarifier la formulation de son énoncé et augmenter, en retour, le degré de valeur normative qu'elle présente, tout comme sa portée normative. On ne rappellera jamais assez, à cet égard, le caractère graduel et dynamique de la juridicité, dont rend parfaitement compte la notion de force normative.

Dans le présent ouvrage, deux contributions – à notre connaissance inédites en droit belge – sont expressément consacrées à l'analyse de ce type de *soft law* : celle de M. Verdussen et Ch.-H. Born porte sur le *soft law* intraconstitutionnel ; celle de X. Delgrange et L. Detroux sur le *soft law* intralégislatif⁹⁷.

L'une et l'autre ont en commun de suggérer d'affiner la catégorie proposée. Là où, pour prendre acte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, on se limitait à ranger sous l'intralégislatif les normes *soft* en raison de l'imprécision de leur contenu, X. Delgrange et L. Detroux envisagent trois hypothèses complémentaires⁹⁸. En plus de l'imprécision de la loi (seule hypothèse qu'on envisage pour notre part et qui correspond à la deuxième hypothèse des auteurs), il y a les cas où une disposition légale ne prescrit aucun comportement (première hypothèse). Tout en nuancant et discutant la prétendue « neutralité normative » de ce type de dispositions, les

notions de "sources du droit", "force normative" et "*soft law*" », non publié, p. 2).

⁹⁷ Ces deux contributions sont respectivement publiées dans les volume 1 et 2 du présent ouvrage collectif. Voy. par ailleurs J. CAZALA, *op. cit.*, qui précise que « la simple inscription d'un énoncé *soft law* dans un instrument contraignant n'entraîne pas automatiquement une mutation de la force normative de l'énoncé », et qui évoque à ce titre, et exemples à l'appui, le *soft law* intra-conventionnel ; voy. également le même auteur à propos des énoncés programmatiques des pactes onusiens.

⁹⁸ Cf. le point III de leur contribution précitée, n° 34 et s. Pour les trois premières hypothèses en tout cas, cette typologie est basée sur la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État, qui retient une définition classique et restrictive de la normativité, davantage que sur la perception du *soft law* par les auteurs. En témoignent notamment les nombreuses nuances et appréciations critiques qui émaillent l'exposé de cette typologie. Ainsi les auteurs proposent-ils, à rebours de la jurisprudence du Conseil d'État, d'insérer dans le corps de la loi l'énoncé du ou des objectifs poursuivis par celle-ci ou des principes généraux censés gouverner la matière.

auteurs donnent comme exemples une disposition constatant un état de fait, une disposition se limitant à définir l'objet de la loi ou une clause de conformité en vertu de laquelle celle-ci doit être interprétée et appliquée dans le respect des normes supérieures, une disposition énonçant les objectifs poursuivis par la loi en question ou « les principes généraux [...] censés gouverner la matière »⁹⁹, voire encore des commentaires ou explications insérés dans le dispositif de la norme. La troisième hypothèse de *soft law* intralégislatif renvoie aux normes dépourvues de sanction ou, autrement dit, aux lois qui s'abstiennent de déterminer les conséquences attachées à son (non) respect pour les destinataires de la norme. Enfin, la quatrième et dernière hypothèse vise le cas où la loi intègre le *soft law* paralégislatif ou s'inspire de celui-ci ; plus précisément, « la loi s'abstien[t] de formuler elle-même des normes de conduite, mais contribue à donner à des instruments juridiques émanant d'acteurs privés, la valeur d'une norme juridiquement contraignante »¹⁰⁰. Cette typologie découle, en creux, de la définition classique du *hard law* retenue par les auteurs : « Les normes édictées par les autorités [...] visent à régler la conduite des citoyens, à déterminer leurs droits et obligations et à prévoir des sanctions pour les cas où les normes ne seraient pas respectées »¹⁰¹. Elle semble par ailleurs présupposer que le droit est nécessairement normatif, de manière *hard* ou *soft*. Ne peut-on cependant considérer que dans la mesure où elle n'indique aucun comportement, la première hypothèse répertoriée par X. Delgrange et L. Detroux ne relève, en termes de contenu, ni du *hard law* ni du *soft law*? La question n'a pas échappé aux auteurs. Ils lui réservent une réponse négative, « mais seulement dans la mesure où de telles dispositions peuvent avoir une influence sur la manière dont la loi sera comprise, interprétée et appliquée, et donc sur les comportements qu'elle prescrit par ailleurs »¹⁰². En lien avec la troi-

⁹⁹ X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 38.

¹⁰⁰ *Ibidem*, n° 53.

¹⁰¹ E. CEREXHE, « Le langage juridique répond-t-il aux exigences de l'État de droit ? », *op. cit.*, p. 882, cité par X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, note 95.

¹⁰² X. DELGRANGE et L. DETROUX, *ibidem*, n° 35. Voy. également à cet égard : A. BAILLEUX, *op. cit.*

sième hypothèse, ne doit-on pas aujourd'hui considérer que la sanction ne conditionne pas la juridicité¹⁰³ ? Les auteurs reconnaissent du reste que l'absence de sanction ne prive pas nécessairement la norme d'effectivité¹⁰⁴ ; plus qu'elle ne traduit leur opinion personnelle, c'est sans doute à nouveau de la position du Conseil d'État dont cette troisième hypothèse rend compte. Quant à la dernière d'entre elles, elle vise en réalité le cas où une norme de *hard law* réceptionne du *soft law* para- (et pourquoi pas péri ?) législatif, qui lui tient lieu de contenu¹⁰⁵ ; on est davantage, nous semble-t-il, dans l'examen de la réception du *soft law* par l'ordre juridique étatique que face à une sous-catégorie de *soft law* intralégislatif, quand bien même cette réception opérerait par simple renvoi¹⁰⁶.

De leur côté, M. Verdussen et Ch.-H. Born ont une vision plus extensive, encore, du *soft law* intraconstitutionnel. Partant de la prémisse selon laquelle la source d'affaiblissement de la force normative du *hard law* « ne tient pas forcément à une indétermination du contenu de la norme et, partant, n'est pas nécessairement imputable à l'auteur même de celle-ci¹⁰⁷ », ils proposent une typologie « fondée sur le critère de la source d'affaiblissement de la force normative¹⁰⁸ ». Il peut s'agir de l'auteur de la norme, mais aussi des destinataires de celle-ci, voire des contraintes du droit international : autant d'hypothèses de *soft-law* intraconstitutionnel ; autant de subdivisions dans la contribution des auteurs. Si la première subdivision correspond *a priori* au sens que nous avons conféré au *soft law* intralégislatif, elle est elle-même divisée en trois sous-hypothèses qui conduisent à

¹⁰³ Ce faisant, nous prenons nous-même distance avec la conception classique de la norme juridique dont on a rendu compte, aux côtés de la conception large, dans notre étude précitée (« Balises... », *op. cit.*, p. 19).

¹⁰⁴ X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 49.

¹⁰⁵ Voy. également N. DE SADELEER, *op. cit.*, qui semble désigner sous l'expression « intralégislative » la reprise par le droit positif de normes techniques à l'origine para-légales.

¹⁰⁶ Voy. par ailleurs, pour une appréciation extensive de la notion de *soft law* intralégislatif au sujet de l'article 3, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État : L. VAN CRAYEBECK, *op. cit.*

¹⁰⁷ Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, « Le *soft law* intraconstitutionnel », volume 1.

¹⁰⁸ *Ibidemg.*

considérablement élargir notre acception du terme. Outre la formulation de la norme qui peut lui conférer une force normative affaiblie, Ch.-H. Born et M. Verdussen retiennent comme causes supplémentaires la contradiction de la norme avec d'autres dispositions constitutionnelles ou l'interprétation qui en est résulté, d'une part, et sa soumission aux contrôles constitutionnels, d'autre part¹⁰⁹. Sans compter que la première hypothèse (la formulation de la norme) est elle-même déclinée en quatre sous-hypothèses. Les auteurs distinguent en effet les normes principalement symboliques (les articles 193 et 194 de la Constitution, par exemple), celles établissant des obligations positives peu contraignantes (les articles 7 *bis* et 23), les normes qui, bien que formulées à l'impératif, ont recours à des standards juridiques (par exemple l'article 22 *bis*, alinéa 4, contenant une référence à l'« intérêt de l'enfant ») et, enfin, les normes obscures ou, pour le dire autrement, « totalement incompréhensibles pour le citoyen » (comme l'article 135 de la Constitution)¹¹⁰. Seules les deux premières sous-hypothèses (les normes principalement symboliques et celles établissant des obligations positives peu contraignantes) nous semblent pouvoir se prêter à la qualification de *soft law*¹¹¹. A la réflexion¹¹², l'appréciation, en termes de *soft law* ou

¹⁰⁹ Cette troisième sous-catégorie recoupe la troisième hypothèse envisagée par X. DELGRANGE et L. DETROUX. Elles s'adosent toutes deux à une conception classique de la norme érigeant la sanction en critère de juridicité.

¹¹⁰ Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 515 et 528. De manière certes alambiquée, l'article 135 précise les compétences de la Commission communautaire commune.

¹¹¹ On précise que la première sous-hypothèse recoupe en partie la catégorie des dispositions légales ne prescrivant aucun comportement de X. DELGRANGE et L. DETROUX (sous laquelle ils évoquent les dispositions « apparemment essentiellement solennelle(s) », *op. cit.*). Quant à la seconde sous-hypothèse, on avait nous-même expressément cité comme exemples de *soft law* intralégislatif les articles 7 *bis* et 23 de la Constitution (I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 54). Concernant ce dernier, on peut sans doute encore affiner le propos en soulignant que cette disposition prescrit un comportement déterminé aux législateurs compétents – celui de mettre en œuvre les droits économiques, sociaux et culturels –, mais que la prestation attendue à ce titre n'est quant à elle pas identifiée avec précision puisqu'il appartient précisément aux législateurs compétents de déterminer le niveau de protection et le contenu de ces droits ; en ce sens, la justiciabilité limitée des droits créances tient au principe de la séparation des pouvoirs.

hard law des standards, ne nous paraît pas pouvoir être isolée de celle de la règle de droit dont ils ne constituent qu'un élément formel et qui en principe demeure prescriptive. Simplement son auteur fait-il le choix de confier à l'autorité qui l'applique une large marge d'appréciation¹¹³. Il en va de même d'une disposition obscure qui, si elle fait la part belle au pouvoir d'interprétation du juge, n'en demeure pas moins normativement *hard* à notre estime.

En réalité, la superposition de la théorie de la force normative à celle des sources formelles conduit les auteurs à disqualifier toute disposition constitutionnelle qui, quoique formellement contraignante, présente un déficit du point de vue, notamment, de son énoncé ou de son effectivité. Ainsi, les auteurs parlent de *soft law* dès que la règle est peu ou pas appliquée¹¹⁴. Il y a là un pas que, pour

¹¹² Dans la première version de notre texte publié dans la *R.I.E.J.* 2010, on s'était limité à signaler qu'un auteur comme J.-M. Jacquet qualifie de *soft law* les normes à contenu flexible comme les standards, contrairement à J. Cazala qui, comme on le précisait en note (I. HACHEZ, *ibidem*, note 236), distingue le droit flou, comprenant les standards, du *soft law*: « Il serait douteux, écrit J. Cazala, de considérer qu'il est possible de remiser dans une même catégorie des notions aussi essentielles que la bonne foi, des standards comme le raisonnable et des énoncés programmatiques comme l'affirmation d'un rôle vital des femmes dans la gestion de l'environnement » (*op. cit.*)

¹¹³ N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution – Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 1999, p. 264 et 265, cité par Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, note 58. Compar. avec la position des auteurs également relatée p. 527. Sur le standard de l'« usage honnête en matière commerciale », et l'incidence dans ce cadre de l'action en cessation commerciale, cf. Th. LEONARD, « Les normes de loyauté commerciale sous le prisme des théories de la normativité », volume 2.

¹¹⁴ Cf. le point II de leur texte. On notera à cet égard que dans sa contribution au présent ouvrage collectif, I. FICHER évoque la qualification de *soft law* intralégislatif à propos des dispositions de la loi de 1996 relatives à la norme salariale, parfois perçue par la doctrine et les interlocuteurs sociaux comme indicative, plutôt qu'impérative et ce, en dépit du texte clair de la loi (*op. cit.*, p. 428 et 429, en ce compris la note 71). En réalité, la mollesse du droit semble, en l'espèce, davantage résulter de l'interprétation *contra legem* que lui réservent ses destinataires que de son libellé, ce que confirme du reste la très rare jurisprudence (citée par l'auteur) existant en la matière qui retient le caractère impératif de cette prescription. En conséquence, il ne s'agit, à première vue, pas de *soft law* intralégislatif au sens où nous avons proposé de le définir dans la *R.I.E.J.* 2010. En revanche, l'hypothèse envisagée peut être rapprochée d'une

notre part, on préfère se garder de franchir par rapport à l'idée selon laquelle « les sources du droit "dérivées" : constitution écrite, loi, règlement, contrat, c'est-à-dire des modes de formation du droit délibérés, instantanés et à contenu relativement déterminé, appellent une appréciation menée essentiellement (non exclusivement, bien entendu) en termes de légalité¹¹⁵ ». Une chose est en effet de préférer l'étiquette de « *soft law* intraconstitutionnel » à celle de *hard law* compte tenu de l'imprécision du libellé de la disposition considérée – on pose là encore un jugement en termes de légalité, bien qu'il ait

des hypothèses de *soft law* intraconstitutionnel retenues par Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, à savoir celle où les règles juridiques présentent une force normative affaiblie en raison de leur destinataires, et, plus précisément encore, en raison du non-respect par ceux-ci de normes impératives. Dans le même ordre d'idées, N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST qualifient de *soft law* intralégal les dispositions de règlements des assemblées parlementaires, non seulement en raison de leur libellé trop vague, mais également lorsqu'elles sont tombées en désuétude (*op. cit.*, note 18) et, plus généralement, quand elles sont appliquées avec souplesse en dépit de la clarté de leur libellé (*ibidem*, p. 266 et 267, en ce compris sur les causes de ce déficit d'effectivité). Il s'agit là, pour nous, de *hard law* affecté d'un manque d'effectivité, voire carrément d'ineffectivité. Voy. encore la contribution de N. VAN LEUVEN qui confère également un contenu plus large à la notion de *soft law* intralégislatif lorsqu'elle souligne la vocation de certains droits fondamentaux consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à demeurer du *soft law* intralégislatif non pas en tant en raison de l'imprécision de leur libellé que de l'absence de compétences, ou en tout cas des compétences limitées de l'Union pour les mettre en œuvre (« Le *soft law* intraconventionnel : les "principes" dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », volume 1, n^{os} 26 et s., et spéc. n^{os} 30, 31, 39, 40 et 49). Voy. enfin M. VAN DE KERCHOVE qui prête la qualification de *soft law* intralégislatif aux directives d'interprétation dont le caractère juridiquement obligatoire n'est pas « reconnu », en dépit de leur incorporation dans une source formellement *hard* (« Les directives d'interprétation en droit : une identité et une force normative à géométrie variable », volume 2, p. 763 et 764).

¹¹⁵ 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, p. 358 et 359. Avec la nuance que le *soft law* intralégislatif pourrait cependant également se rencontrer en présence d'une source originale, comme les principes généraux du droit (*cf. infra*). Aussi, et de manière générale, est-ce surtout la prise en compte du point de vue interne des organes d'application du droit qui commande à notre avis essentiellement – et non exclusivement – un raisonnement en termes de légalité.

trait à l'énoncé de la norme, et non plus à son seul « pedigree ¹¹⁶ » – ; une autre est de faire ce choix en raison du déficit d'un des deux autres pôles de la validité (effectivité, voire même légitimité), ce qui conduit à leur ménager une place sur pied d'égalité avec le pôle de la légalité et partant à négliger, nous semble-t-il, le point de vue interne des organes d'application du droit. Enfin, la contrariété d'une disposition constitutionnelle avec une norme de droit international ¹¹⁷ n'a, selon nous, pas d'incidence sur sa nature : aussi longtemps qu'elle n'est pas annulée par un organe de contrôle juridictionnel, elle demeure *soft* ou *hard* en dépit de cette contrariété.

Si, pour les motifs expliqués, nous ne partageons pas entièrement la représentation du *soft law* intraconstitutionnel esquissée par les auteurs – car c'est bien essentiellement une affaire de représentation –, nous percevons évidemment fort bien leur message selon lequel, en dépit de ses atouts formels, une disposition constitutionnelle peut demeurer lettre morte ou presque – être *soft* en ce sens – pour des raisons multiples dont rend parfaitement compte la typologie des auteurs. A ce titre, la contribution de Ch.-H. Born et M. Verdussen, tout comme celle de X. Delgrange et L. Detroux, pointent les limites du « *soft law* » : où et pourquoi s'arrêter quand on joue le jeu du *soft law* ? Ce qui conduit plus fondamentalement à s'interroger sur la plus-value de la catégorie « *soft-law* intralégislatif », même dans les limites plus étroites que nous lui avons assignées ¹¹⁸. Si l'on présuppose la normativité du *soft law*, il faudrait logiquement exclure les dispositions qui n'indiquent aucun comportement, sachant qu'« il n'est pas toujours aisé d'apprécier l'exacte portée normative de ce type de dispositions : sont-elles purement déclaratives, interprétatives ou ont-elles vocation à constituer des normes, dans la mesure où elles peuvent être interprétées comme des lignes de conduite pour les destinataires de la loi ou pour ceux qui seront

¹¹⁶ Et ce, même si le manque de précision s'accompagne d'un déficit d'effectivité.

¹¹⁷ Cf. le point III de la contribution précitée de Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN.

¹¹⁸ N. VAN LEUVEN met à cet égard en garde contre le risque de conclure trop vite au caractère de *soft law* intralégislatif des droits fondamentaux en raison de l'éventuelle imprécision de leur libellé (*op. cit.*, n^{os} 11 et 12).

chargés de veiller à son application ?¹¹⁹ ». A supposer, toutefois qu'on exclue de telles dispositions, pour ne conserver sous ce label que celles qui sont imprécises, où est la cohérence? Pourquoi ne mettre en lumière que ce type de dispositions qui, à défaut seraient restées dans l'ombre du droit positif? Faut-il alors se départir de l'idée d'une normativité attachée au *soft law* pour lui permettre de désigner tout ce qui est juridiquement doux, en ce compris, donc, les dispositions qui ne prescrivent *a priori* aucun comportement? Le *soft law* plutôt que la *soft law* dans ce cas?

S'il en possède un, le mérite du *soft law* intralégislatif est de rendre compte de la gradualité du droit positif en termes de contenu, quelle que soit la source au sein de laquelle se loge la douceur du droit: Constitution, loi, mais aussi accords de coopération¹²⁰, principes généraux du droit¹²¹, voire règlements des assemblées parlementaires¹²².

¹¹⁹ X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 38.

¹²⁰ K. MUNUNGU LUNGUNGU et J. POIRIER, *op. cit.*, n° 50.

¹²¹ S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, *op. cit.*, n° 46 et 47.

¹²² N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *op. cit.* De son côté, S. GERRY-VERNIÈRES semble exclure que les actes étatiques non contraignants puissent présenter un contenu *soft* en raison du fait qu'ils « régissent le détail et le spécial, répondant ainsi à l'exigence de technicité du droit » (*op. cit.*). On signale enfin que la règle de reconnaissance, elle-même, se prête à une approche en termes de gradualité. Dans la distinction que propose M. Wroblewski, et relayée par M. van de Kerchove, les règles de reconnaissance « vagues » correspondent à première vue à notre *soft law* intralégislatif: il s'agit de règles qui « formuleraient des critères permettant de décider sans hésitation si certaines règles sont valides ou non, mais tout en laissant la question incertaine pour d'autres règles » (M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée: un retour aux sources », volume 2). Sans compter que la « douceur » du droit peut se manifester à la fois dans son contenu et son contenant. Que l'on songe par exemple à l'accord-cadre européen sur les marchés du travail inclusifs, dont le contenu « s'avère marqué par une densité normative particulièrement faible », au point pour D. DUMONT de s'interroger: « Face à un instrument ainsi à la fois mou en termes de contenant formel et flou en terme de contenu, on peut se demander s'il y a encore lieu de maintenir à côté de l'épithète *soft* le substantif *law* » (*op. cit.*). Que l'on songe également aux déclarations de révision de la Constitution dans les effets juridiques qu'elles déploient non pas à l'égard du constituant dérivé mais des différents organes d'application du droit; c'est sans doute ce double « *soft law* », en termes de contenu et de contenant, qui leur vaut d'être qualifiées par S. VAN

On l'a déjà souligné : la notion a également pour elle de faire écho à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, selon laquelle un texte qui manque de précision est dépourvu de portée normative et peut à ce titre être censuré¹²³. Cette règle de (non) reconnaissance ressort également de la légisprudence du Conseil d'État belge, qui expulse les dispositions non normatives du dispositif de la loi¹²⁴.

Mais la question rebondit alors : cette jurisprudence et cette légisprudence sont-elles fondées ? Si sur un plan politique, on peut penser que le législateur devrait s'abstenir d'adopter de telles dispositions (mais, toujours sur un plan politique, la position inverse est tout aussi défendable), juridiquement rien ne semble le lui interdire¹²⁵. Comme si la multiplication des phénomènes de régulation souple se payait au prix d'un renforcement des fictions de la théorie de l'acte clair, bannissant toute interprétation. V. Champeil-Desplats relève à cet égard que les objectifs de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi « manifestent [...] un retour à l'idéal civiliste

DROOGHENBROECK, L. DETROUX et N. BONBLED de « *very soft law* » (*op. cit.*). La douceur du droit peut même se déplacer du contenant d'un instrument au contenu d'un autre, formellement *hard* (voy. à cet égard : M. VERHAEGEN, « Les principes d'économie sociale : de *soft law* périlégislatif en *soft law* intralégislatif ou quand la mollesse du droit se déplace de l'*instrumentum au negotium* », volume 2).

¹²³ Voy. plus précisément sur les différentes catégories de textes auxquels le Conseil constitutionnel dénie la normativité : X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 12 et les références citées.

¹²⁴ *Ibidem*, n° 9. Pour le surplus, le droit belge connaît des lois non normatives, et la Cour constitutionnelle s'en accommode (*ibid.*, n° 19). L'intensité du contrôle qu'elle exerce par ailleurs sur l'exigence de clarté de la loi se révèle variable en fonction des branches du droit : forte en matière pénale et fiscale, faible en ce qui concerne le statut des militaires (*cf. ibid.*, n°s 20 à 24).

¹²⁵ Voy. à cet égard *ibid.*, n°s 15 et 16 et les références citées. Pour justifier la position hétérodoxe du Conseil d'État, excluant les lois dépourvues de caractère normatif (c'est-à-dire non générale et abstraite et ne prescrivant pas un comportement obligatoire), X. Delgrange et L. Detroux identifient, outre le périmètre des compétences de la section de législation du Conseil d'État tel que défini à l'article 3, § 1, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, des arguments formels (la force obligatoire et l'entrée en vigueur) et substantiels (le principe de la séparation des pouvoirs et l'exigence démocratique de la loi), les deux étant liés (pour plus de développements, *cf. n°s 27 à 32* de leur étude précitée).

et exégétique de la loi. Près de deux siècles plus tard, cet idéal devient obligatoire alors même que la régulation des sociétés contemporaines appelle de profondes transformations des expressions normatives et, en particulier, législatives¹²⁶ ». Comme si menacé de part en part par le *soft law*, le *hard law* n'avait d'autre solution que celle de se durcir davantage encore pour préserver sa spécificité. Qui n'aperçoit cependant qu'on s'avance ici sur un terrain miné ? Comment, autrement que par une appréciation subjective, faire le départ entre ce qui est suffisamment clair pour être qualifié de *hard law* et ce qui ne l'est pas et justifie à ce titre un ordre d'expulsion de l'ordre juridique¹²⁷ ? N'est-ce pas alors la notion même de *soft law* intralégislatif qu'il faut songer à abandonner ? Jouons toutefois encore le jeu, au moins le temps de la seconde subdivision.

II. Le *soft law* face à la théorie des sources

La réception du *soft law* par l'ordre juridique étatique ne se pose pas à l'égard du *soft law* intralégislatif. Adopté par l'autorité compétente selon la procédure requise, ce dernier fait partie des sources formelles du droit étatique¹²⁸. Simplement l'imprécision de son contenu confère-t-elle *a priori* à ce droit un déficit d'effectivité qui conduit à l'évoquer sous le label de *soft law* intralégislatif. Comme l'écrit J.-M. Jacquet, « [l']assouplissement du modèle de la règle (engendré par cette catégorie de droit souple) ne produit pas de conséquences immédiatement décelables au niveau des sources du droit. On notera seulement que la fonction de médiation assumée par la théorie des sources entre le fait et le droit s'en trouve affaiblie, en proportion du devoir-être propre à la règle de droit¹²⁹ ».

¹²⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 272.

¹²⁷ X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 17 et les références citées.

¹²⁸ Voy. cependant la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel français.

¹²⁹ J.-M. JACQUET, *op. cit.*, p. 345, n° 49.

Voilà ce que nous écrivions il y a deux ans. Et on précisait : c'est à la faveur de sa reconnaissance par un tiers, au rang desquels le juge occupe la première place, que le *soft law* intralégislatif gagnera la densité normative dont un libellé par trop imprécis le privait au départ¹³⁰.

A le relire, le propos manque toutefois de consistance. Certes, le *soft law* intralégislatif travaillant avec le paradigme légicentrique ne soulève *a priori* pas de difficulté sous l'angle d'une théorie des sources : il émane d'une assemblée démocratiquement élue (en tout cas dans ses déclinaisons légales et constitutionnelles), tout en étant formellement obligatoire. Il reste qu'aussi contestable soit-elle, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français démasque ces apparentes sources formelles pour les expulser de l'ordre juridique au nom précisément, selon certains, de l'exigence démocratique¹³¹, sur base en tout cas d'une conception matérielle de la légalité¹³². Le Conseil d'État belge, section de législation, ne fait pas autre chose, encore que sa stricte conception de la normativité puisse s'expliquer par les compétences dont l'investissent les lois coordonnées sur le Conseil d'État et qui sont cantonnées aux textes contenant des dispositions normatives¹³³. Compte tenu de cette jurisprudence et de cette légisprudence, il est par trop rapide d'affirmer – même seulement sur le plan des principes¹³⁴ – que le *soft law* intralégislatif ne pose pas de difficulté en termes de sources. Il est par contre vrai que lorsqu'elles subsistent dans l'ordre juridique – et en droit belge en tout cas, elles ne sont pas rares – le juge peut, dans les limites de ses compétences, s'emparer de ces règles comme des autres, avec, sans doute, dans ce cas, un pouvoir créateur plus affirmé ou à tout le

¹³⁰ I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, n° 57.

¹³¹ Voy. le point de vue de B. MATHIEU dont rendent compte, non sans le critiquer, X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 16.

¹³² Comme en témoignent les extraits reproduits *supra*, on s'était limité à indiquer en note (ici, la note 128 ; ailleurs, in I. HACHEZ, « Balises... », *op. cit.*, la note 237) l'infléchissement qu'apportait à ce propos la jurisprudence du Conseil constitutionnel français.

¹³³ Voy. à cet égard X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 27 et les références citées.

¹³⁴ Cf. *supra* notes 128 et 132.

moins plus visible. Le *soft law* intralégislatif peut en particulier gagner en juridicité par le biais des principes généraux du droit; on songe par exemple au principe de *standstill* que la jurisprudence belge a entre autres déduit de l'article 23 de la Constitution et qui, sauf motifs impérieux, interdit au législateur de diminuer le niveau de protection d'ores et déjà conféré aux droits sociaux consacrés par cette disposition¹³⁵. Mais le *soft law* intralégislatif peut également acquérir une densité normative par d'autres biais que le canal jurisprudentiel¹³⁶, notamment lorsqu'une disposition légale accompagne de sanctions le non respect de celui-ci ou tire des conséquences juridiques de son existence¹³⁷. En ce sens, et au même titre que les *soft law* para- et périlégislatifs, le *soft law* intralégislatif peut trouver un relais dans les sources classiques du droit et tenir lieu de source matérielle au *hard law*, de la même manière, du reste, qu'en son sein, la loi peut codifier la coutume (coutume *intra legem*) ou y faire référence (coutume *secundum legem*).

Quant aux *soft law* para- et périlégislatifs, on avait, en ce qui le concerne, expressément rappelé l'enseignement devenu traditionnel selon lequel le *soft law* conquiert sa juridicité à la faveur de sa réception par une source formelle classique du droit¹³⁸. De fait, écrivait-

¹³⁵ Voy. notamment C.E., n° 215.309, *Cléon Angelo*, 23 septembre 2011.

¹³⁶ Dans ce cadre, et on l'avait relevé dans notre étude précitée, le *soft law* intralégislatif peut également jouir d'un certain degré d'effectivité par le biais de l'obligation d'interprétation conforme: entre diverses interprétations possibles d'une législation, le juge, voire l'administration, doit retenir celle qui se concilie le mieux avec le droit constitutionnellement ou internationalement garanti. La directive d'interprétation conforme – du nom qui lui est généralement réservé et qui puise ses origines dans l'arrêt *Waleffe* de la Cour de cassation (Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560 ets., et les conclusions du procureur général L. Cornil) – ne se limite pas aux dispositions constitutionnelles directement applicables dans l'ordre juridique belge, mais s'applique également à des dispositions telles que l'article 23 de la Constitution (voy. par exemple en ce sens les travaux préparatoires de l'article 23 de la Constitution).

¹³⁷ Voy. en ce sens les exemples cités par Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, et X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 40.

¹³⁸ Voy. notamment en ce sens: S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS, «Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft*? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Liber amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, spéc. p. 507 à 512; Ch. JUBAULT, «Les "codes de conduite privés'», in *Le droit souple*. Actes du

on, la loi¹³⁹ peut incorporer un instrument de *soft law* – au point de le transformer en *hard law* – ou y faire référence¹⁴⁰. Un instrument juridiquement non contraignant peut aussi marquer le coup d’envoi d’un processus coutumier ou conforter l’élément subjectif de la coutume¹⁴¹. L’instrument de *soft law* peut encore favoriser l’émergence d’un principe général de droit¹⁴². Il peut également pénétrer le droit positif par le biais de qualifications juridiques disponibles, comme la « faute » dans le cadre de la responsabilité juridique aquilienne¹⁴³. Un acte juridique privé peut y renvoyer, que des parties s’engagent volontairement à se conformer à un instru-

colloque organisé par l’Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 36 et 49 et s. ; C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *ibidem*, p. 109 et s. ; P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l’ordre juridique », *ibidem*, spéc. p. 121 *in fine*. Concernant les codes de conduite, voy. B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, *op. cit.* Le constat ne semble pas différent pour l’équité (voy. en ce sens la contribution de P. WERY, « L’équité et le droit belge des obligations », volume 3 : « L’équité est [...] davantage une source matérielle qu’une source formelle [...] L’équité n’acquiert, en effet une réelle juridicité que par l’entremise des sources formelles traditionnelles »).

¹³⁹ Entendue au sens matériel du terme.

¹⁴⁰ Voy. à cet égard Fr. VANNESTE, « Le *soft law* du droit international des droits de l’Homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne », volume 1, qui se demande, avant de nuancer son propos, si le *soft law* international des droits de l’homme n’a pas avant tout pour fonction de « convaincre les organes normatifs, qu’ils soient nationaux ou internationaux ».

¹⁴¹ J. CAZALA, *op. cit.*

¹⁴² Ch. JUBAULT, *op. cit.*, p. 36 ; S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », volume 2, n^{os} 27 et 28.

¹⁴³ En l’absence d’une norme légale ou réglementaire imposant un comportement déterminé, et lorsqu’un instrument de *soft law* comporte des standards de bon comportement, l’existence d’une éventuelle « faute » commise par ceux qui ont déclaré l’appliquer pourra, le cas échéant, être appréciée à son aune. Les normes comportementales édictées par des codes de bonne conduite permettront de préciser les critères de l’homme raisonnablement prudent et diligent et du bon père de famille mobilisés dans le cadre des articles 1382 et 1383 du Code civil belge. Voy. à cet égard la contribution de L. VANCRAYEBECK, *op. cit.*, au sujet de l’incidence de l’absence de prise en compte d’un avis de la section de législation du Conseil d’État dans le cadre de la responsabilité de l’État législateur. Voy. également : M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, *op. cit.*, n^o 13, sur la question de savoir si les règles de *corporate governance* peuvent être érigées en standards de bon comportement.

ment de *soft law* dans le cadre d'un contrat, ou que l'auteur d'une déclaration unilatérale de volonté entende devenir débiteur d'obligations décrites dans celui-ci¹⁴⁴. Sans compter qu'en vertu de la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime, l'attente dont un tiers charge un instrument de *soft law* peut engendrer une obligation juridique dans le chef de l'État¹⁴⁵. Les instruments de *soft law*, ajoutait-on, constituent par ailleurs une source d'interprétation pour le juge¹⁴⁶, qui les citera parfois expressément dans la motivation de ses jugements, en prenant soin ou non de souligner leur caractère « *soft*¹⁴⁷ ».

Si le propos demeure pertinent, il pourrait s'enrichir des précisions suivantes. Concernant tout d'abord les cas de reconnaissance légale du *soft law*¹⁴⁸, on peut identifier trois hypothèses distinctes. *Première hypothèse*: la loi (au sens matériel) crée de toute pièce un instrument de *soft law*, avec la volonté délibérée de le priver de force contraignante. On songe aux recommandations et avis de l'article 288 du TFUE qui précise que ces instruments de droit dérivé ne lient pas, mais aussi aux lignes directrices et recommandations dont l'adoption est prévue par les directives européennes en matière de communications électroniques¹⁴⁹. On pense également aux rapport généraux et aux rapports de visite rédigés par le CPT (Comité européen pour la prévention de la torture) en vertu de la conven-

¹⁴⁴ Il s'agit, plus précisément, de la déclaration de volonté d'une seule personne qui tend à faire naître certains effets de droit sans le consentement d'autrui. Cf. notamment M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, *ibidem*, n° 13.

¹⁴⁵ P. DEUMIER, « La réception... », *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁶ Voy. notamment les contributions précitées de Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, d'une part, et D. SCALIA, d'autre part, sur lesquelles on reviendra *infra*.

¹⁴⁷ P. DEUMIER, « La réception... », *op. cit.*, spéc. p. 128 et 129; Fr. VANNESTE, *op. cit.*

¹⁴⁸ Le renvoi à du *soft law* peut cependant tout aussi bien procéder d'un instrument lui aussi dépourvu de force contraignante, qui l'adopte comme instrument de référence (voy. l'exemple cité par Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.*, note 30).

¹⁴⁹ Voy. la contribution précitée de P.-O. DE BROUX et I. MATHY.

tion qui l'institue et lui confère cette compétence¹⁵⁰. On pense encore aux avis de la section de législation du Conseil d'État. *Deuxième hypothèse*: la loi renvoie à un instrument de *soft law*, existant par ailleurs, tout en lui maintenant son caractère *soft*. Ainsi, « certaines dispositions de la loi du 2 août 2002 se bornent à consacrer juridiquement une (bonne) pratique de *corporate governance*, sans, toutefois, imposer cette pratique aux sociétés¹⁵¹ ». *Troisième hypothèse*: la loi confère une force obligatoire à l'instrument de *soft law* qu'il intègre, par incorporation ou par renvoi. C'est le cas de l'article 6 du TUE qui confère une force obligatoire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en lui reconnaissant la même valeur juridique qu'aux traités. Songeons également à la récupération par le droit positif de normes techniques¹⁵². Parmi les normes légales qui dupliquent des produits normatifs à l'origine *soft*, on peut encore distinguer celles qui mènent une existence indépendante des seconds. Il en va ainsi de la directive homologuant un accord-cadre européen¹⁵³, à la différence d'un arrêté royal étendant la force obligatoire d'une convention collective de travail¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Cf. la contribution de D. SCALIA, *op. cit.*

¹⁵¹ M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, *op. cit.*, n° 29 (adde n° 32). Dans leur contribution au présent ouvrage, M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT montrent du reste très bien, au sujet de l'incorporation dans la loi de certaines règles de bonne gouvernance, que celle-ci ne se réalisait pas toujours de façon uniforme, avec « le même degré d'intensité de *hard law* » (*ibidem*, n° 32).

¹⁵² Cf. la contribution de D. MISONNE, *op. cit.*

¹⁵³ Cf. D. DUMONT, *op. cit.* (« si [les partenaires sociaux] venaient à abroger l'un de leurs accords, il n'y a pas de raison de penser que la directive d'homologation dudit accord en serait affectée : sauf décision en sens contraire du Conseil, la directive subsisterait et continuerait à s'imposer aux États membres »).

¹⁵⁴ Cf. l'article 33 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires. Voy. par ailleurs M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, *op. cit.*, n° 34, où les auteurs soulignent, à propos des règles en matière de rémunération des dirigeants d'entreprise, la coexistence du *soft law* et du *hard law*, en dépit de l'incorporation du premier par le second, et le sentiment de « "*patchworking*" normatif » qui en résulte (n° 50).

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, se pose la question de la légitimité du *soft instrumentum* considéré, notamment du point de vue de son auteur. Ainsi, dans le cadre de la première hypothèse (création d'un instrument de *soft law* par le droit positif), Fr. Tulkens, S. van Drooghenbroeck et Fr. Krenc distinguent les organes qui, en droit international, ont vocation à représenter politiquement les États membres (Assemblée générale de l'ONU, Comité des ministres, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe...) des « organes experts » qui n'ont pas cette vocation, comme la « Commission de Venise » ou la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance¹⁵⁵. De son côté, L. Vancrayebeck estime que la légitimité de la section de législation du Conseil d'État ressortirait renforcée d'un recrutement des conseillers d'État sur la base d'un concours, en lieu et place de la nomination « par le Roi selon une répartition politique » dont ils dépendent à ce jour¹⁵⁶. En lien cette fois avec la troisième hypothèse (intégration du *soft law* dans le *hard law*, avec pour effet de lui conférer une force obligatoire), la légitimité d'un instrument de *soft law* est susceptible de varier en fonction, notamment, du test de représentativité auquel son entrée dans le droit positif aura ou non été conditionnée : pour être coulé dans un instrument de droit dérivé contraignant, les partenaires sociaux signataires d'un accord-cadre européen doivent par exemple témoigner d'une « représentativité cumulée suffisante », selon les termes de la jurisprudence *UEAPME* qui a posé cette condition¹⁵⁷, et ce, contrairement à ceux qui sont mis en œuvre de manière autonome au sein des États membres¹⁵⁸. Que dire, alors, lorsque le législateur entend entériner un code de conduite rédigé par des personnes privées, en leur signant un chèque en blanc quant à son contenu, si ce n'est que, dans ce cas, « le législateur s'en remet totalement à des

¹⁵⁵ Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.*

¹⁵⁶ L. VANCRAYEBECK, *op. cit.* L'auteur n'en souligne pas moins que les avis de la section de législation bénéficient du crédit attaché à leur auteur : des magistrats indépendants.

¹⁵⁷ Cf. D. DUMONT, *op. cit.* Voy. par ailleurs N. DE SADELEER, *op. cit.*

¹⁵⁸ Voy. par ailleurs : P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », volume 2, n° 67, en ce compris les références aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

codes ou à des règles élaborés par des opérateurs économiques privés dans une optique qui peut répondre à des préoccupations des marchés financiers, mais pas nécessairement à celles d'un législateur soucieux de la protection des associés et des tiers¹⁵⁹ ? Se pose en tout cas avec acuité la question de savoir si un simple mode de référence à des codes de conduite, sans autre discussion de son contenu par les autorités compétentes, est admissible dans une démocratie¹⁶⁰.

Si l'on prête maintenant attention aux hypothèses dans lesquelles un instrument de *soft law* est mobilisé à des fins interprétatives, on est confronté au même type de questions : pourquoi un tel plutôt qu'un autre ? Quel degré de légitimité s'attache à l'instrument privilégié¹⁶¹ ? Après avoir souligné la spécificité par rapport au droit international classique de la pratique strasbourgeoise, consistant « à concevoir [l]e "relais" [d'une disposition conventionnelle obligatoire] de manière particulièrement souple et à l'activer de manière généreuse¹⁶² », Fr. Tulkens, S. van Drooghenbroeck et Fr. Krenc

¹⁵⁹ Avis 40.492/2 du 12 juin 2006, *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2111/2, 2005-2006, p. 6, cité par X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, n° 55. Et la section de législation du Conseil d'État de « s'interroge[r] sur le bien-fondé de cette approche par laquelle l'État renonce, pour l'avenir, à toute possibilité d'examen de nouvelles dispositions d'un code auquel il attache, dès à présent, des effets juridiques. La question mérite d'être posée, d'autant que si ces textes répondent éventuellement aux vues du législateur dans leur état actuel, ils ne sont pas intangibles et peuvent évoluer dans le temps en fonction des nécessités du marché » (*ibidem*). Voy. par ailleurs à ce sujet M. BERLINGIN, G. DE PIERPONT et Ph. STROOBANT, *op. cit.*, n°s 23 à 25.

¹⁶⁰ Compar. avec Fr. BELLEFLAMME qui souligne que le contrôle exercé par le pouvoir législatif dans le cadre de la consolidation d'un acte administratif adopté en violation des compétences qui lui sont réservées demeure limité (« La forme et la matière dans la définition du règlement aujourd'hui », volume 2).

¹⁶¹ Sur la nécessité pour le juge de justifier l'invocation d'une norme de *soft law*, cf. Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.* Voy. aussi les références citées dans I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », ce volume, notes 169 et 170.

¹⁶² Ce qui se traduit notamment par « une "prise de liberté" vis-à-vis du consentement étatique ou, à tout le moins, de l'existence d'une preuve certaine de son existence » (Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.*). Dans son désormais célèbre arrêt *Demir et Baykara* du 12 novembre 2008, la Cour européenne des droits de l'homme justifie à cet égard le recours aux « sources externes » (c'est-à-dire à des apports extérieurs à la Convention européenne des droits de l'homme aux « statuts juridiques les plus divers »,

constatent à cet égard que, parmi un ensemble de « sources externes » jugées « dignes d'intérêt » par la Cour européenne des droits de l'homme, toutes ne se voient pas reconnaître le même « poids », sans compter que l'auteur et la forme dans laquelle l'instrument est coulé ne lui confèrent pas nécessairement une force normative identique en tout lieu et en tout temps¹⁶³. On peut toutefois penser que le poids d'une source *soft* sera en partie, si pas essentiellement, fonction de l'objectif qu'elle est appelée à servir, et déterminé, dans cette perspective, au départ de différents paramètres, comme par exemple l'auteur de l'instrument considéré¹⁶⁴, mais aussi son origine ou encore l'époque à laquelle il fut adopté¹⁶⁵. Au-delà de la légitimité

empruntant aussi bien au *hard law* qu'au *soft law*; *ibidem*) par le biais de l'interprétation consensuelle et évolutive : ces sources permettent d'objectiver la mise en œuvre de telles interprétations ; elles sont autant d'« indications » de « l'existence éventuelle d'un consensus européen sur la question en litige » (*ibidem*).

¹⁶³ *Ibidem*. Cf. les standards issus de la « commission de Venise » dont le caractère juridiquement relevant au titre de source externe varie selon les affaires (*ibidem*) ou encore l'utilisation par la Cour des rapports du CPT (cf. la contribution précitée de D. SCALIA).

¹⁶⁴ Cf. *supra*.

¹⁶⁵ Cf. Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, *op. cit.* ; D. SCALIA, *op. cit.*, spéc. p. 439 à 446 sur les critères temporels et géographiques déterminant la valeur probante des travaux du CPT dans le cadre de l'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ; *adde* p. 453 à 455, à propos de la légitimité des normes du CPT ; S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX et N. BONBLED, *op. cit.*, n^{os} 29 et s. à propos de la capacité des déclarations de révision de la Constitution à « influencer la résolution d'une question juridique » ; P. DEUMIER, « La pratique... », *op. cit.*, sur les différents éléments conduisant parfois le juge à conférer, sous des habits divers, une préséance à la pratique ; Fr. VANNESTE, *op. cit.*, n^o 3, sur les facteurs susceptibles d'influencer la force normative des observations générales adoptées par les comités onusiens ; l'auteur faisant par ailleurs part, de manière générale, de son « intuition selon laquelle le critère décisif est [...] l'opinion générale contemporaine » dont témoigne l'instrument considéré (*ibidem*, n^o 12), tout comme le degré de précision de la norme influence sa prise en compte (*ibidem*, n^o 13). Voy. par ailleurs L. VANCRAYEBECK, *op. cit.*, qui distingue les effets d'un avis de la section de législation du Conseil d'État sur leur destinataire en fonction de la nature du texte (proposition ou projet de loi ; projet de nature législative ou de nature réglementaire ; projet technique ou non), du contenu de l'avis (observations de forme ou de fond ; entrave ou non à la mise en œuvre d'un compromis politique), du dialogue entre

intrinsèque d'un instrument de *soft law* et de la fonction qu'il poursuit ou qu'on lui assigne, sa force normative est également susceptible de varier en fonction de l'auteur de sa reconnaissance : juridiction internationale ou nationale¹⁶⁶, juge ou magistrature d'influence¹⁶⁷, commission de sages ou doctrine, doctrine unanime ou seulement majoritaire...¹⁶⁸. Et sans doute faut-il encore, plus largement, avoir égard aux contraintes juridiques qui pèsent sur les acteurs habilités à dire le droit¹⁶⁹.

l'auditeur rapporteur et le délégué, compte tenu de la personnalité de ce dernier.

¹⁶⁶ Constatant une référence au *soft law* bien plus fréquente dans le chef des juridictions internationales que nationales, Fr. VANNESTE émet, avec prudence, l'hypothèse que cette différence tiende à l'absence de législateur international, par contraste avec l'existence de législateurs nationaux auxquels il reviendrait en premier lieu « de tenir compte du *soft law* international des droits de l'homme » (*op. cit.*; *adde* n° 17). On ajoutera que le « cadre procédural » d'une juridiction n'est sans doute pas indifférent à l'accueil plus ou moins favorable que celle-ci réserve au *soft law*. Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC relèvent en ce sens qu'« en pratique les références aux sources externes sont plus riches et plus nombreuses lorsque des tierces interventions sont autorisées » (*op. cit.*). Dans le même ordre d'idées, l'existence d'institutions nationales des droits de l'homme pourrait aussi favoriser la prise en compte du *soft law* en droit interne (Fr. VANNESTE, *op. cit.*, n° 15).

¹⁶⁷ L. VANCRAEYEBECK relève à cet égard que « dans son contrôle de la constitutionnalité des textes soumis à sa censure, la Cour constitutionnelle se montre souvent moins critique que la section de législation. Cela tient notamment à ce que la section de législation, qui exerce un contrôle a priori de textes en projets, non encore soumis à l'épreuve des faits et sans débat contradictoire pour se forger une opinion, préfère adopter, par prudence, une attitude réservée » (*op. cit.*, p. 22). Voy. par ailleurs S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX et N. BONBLED, *op. cit.*, n° 30 à 33. Voy. également sur les facteurs influençant la prise en compte du droit étranger, Fr. VAN DER MENSBRUGGHE, « Le Droit comparé comme source du droit ? », volume 3.

¹⁶⁸ H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », volume 1.

¹⁶⁹ Sur la théorie des contraintes juridiques, voy. la contribution au présent volume de P. BRUNET et V. CHAMPEIL-DESPLATS.

Conclusion

Qui trop embrasse mal étreint ? Dans le cadre d'une théorie des sources – car c'est bien le sujet qui nous occupe – la catégorie « *soft law* » présente-t-elle une quelconque plus-value ou tient-elle, au contraire, lieu de « corbeille à papiers conceptuelle ¹⁷⁰ » ?

Avant toute chose, la distinction entre *soft* et *hard law* commande, à notre avis, de travailler sur fond de pluralisme juridique ¹⁷¹. Dans cette perspective, une source *hard* du point de vue d'un ordre juridique déterminé ne devient pas *soft* à la faveur de son invocation dans un autre ordre ¹⁷². Ainsi, sous réserve du jeu des règles de droit international privé, les effets juridiques d'une législation étrangère se limitent en principe à l'ordre juridique qui l'a produite. Rien n'empêche cependant que cette législation influence un juge national (ou un autre législateur) – c'est une des fonctions bien connues du droit comparé –, mais c'est alors en sa qualité de source matérielle qu'elle l'inspire ¹⁷³.

La pertinence intrinsèque de la catégorie « *soft law* » se pose ensuite à trois niveaux, qui ont partie liée. D'abord, au niveau même de la définition retenue comme prémisse conceptuelle et empruntée au *Dictionnaire de droit international public* dirigé par J. Salmon. Pour

¹⁷⁰ Pour reprendre une expression que H. HART utilisait à propos d'un tout autre terme : la morale (*op. cit.*, p. 245).

¹⁷¹ Sauf à travailler dans la perspective d'un droit global (*cf.* en ce sens la contribution précitée de B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ).

¹⁷² Voy. en ce sens Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, qui, au titre des « sources externes » mobilisées par la Cour européenne des droits de l'homme pour interpréter la convention éponyme, citent les « instruments juridiques intrinsèquement pourvus d'une valeur obligatoire au sein des ordres juridiques qui les ont secrétés », comme le PIDCP, une jurisprudence nationale..., avant d'évoquer les textes dépourvus de toute valeur contraignante qu'ils désignent alors sous l'appellation « *soft law* » (*op. cit.*). Compar. avec N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, n° 33, qui estime que, du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue du *soft law*. Je remercie M. van de Kerchove d'avoir attiré mon attention sur ce point.

¹⁷³ On entrevoit ici qu'en plus d'être relatives, les distinctions binaires « *hard law* – *soft law* », « source formelle – source matérielle » ne se recouvrent pas entièrement, ou, pour le dire autrement, ne sont pas interchangeables.

rappel, le *soft law* désigne à la fois des instruments normatifs non juridiquement contraignants (*soft instrumentum*) et des règles qui « bien que figurant dans un instrument contraignant, ne crée[nt] pas d'obligations de droit positif, ou ne crée[nt] que des obligations peu contraignantes¹⁷⁴ » (*soft negotium*). Cette prémisse se voulait donc délibérément large en réunissant sous un même label deux réalités distinctes : *soft* dans le contenant ; *soft* dans le contenu. Si on avait été initialement séduite par cette largesse, au point d'ériger cette définition en balise conceptuelle, on peut toutefois se demander s'il n'y avait pas là, dès le départ, un piège viciant la notion qu'elle prétend circonscrire. En tout cas cette définition traduit-elle déjà, à elle seule, l'hétérogénéité du *soft law*. Dépourvu de force obligatoire, le *soft instrumentum* avance à l'effectivité : en invitant, en proposant, en dirigeant..., il parie sur l'acceptation et l'assentiment des destinataires ; la normativité devient question d'adhésion¹⁷⁵, et on y adhère parce qu'elle apparaît légitime¹⁷⁶. Paré des attributs formels de la légalité, le *soft negotium* pâtit, quant à lui, d'un manque d'effectivité en raison du caractère vague ou imprécis de son libellé. Avec pour conséquence que, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français mise à part, le *soft negotium* est généralement absorbé dans la théorie des sources par le biais de son contenant¹⁷⁷, là où, prenant distance avec les paradigmes légicentrique et étatique, le *soft instrumentum* est au mieux refoulé aux abords de celle-ci, flottant dans une zone grise entre droit et non droit.

A son crédit, cependant, la notion telle qu'on l'a définie permet de rendre compte des différents points de vue suscités par le *soft law*,

¹⁷⁴ J. Salmon (sous la direction de), *op. cit.*, p. 1039.

¹⁷⁵ M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *Le droit souple*. Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, Dalloz, Paris, 2009, p. 13. Voy. en ce sens également : S. GERRY-VERNIÈRES, *op. cit.* (« Au fond, peu importe la valeur initiale de l'instrument, ce qui compte c'est sa valeur réelle dans les pratiques des acteurs sociaux »).

¹⁷⁶ Voy. à cet égard : A.-S. BARTHEZ, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 66.

¹⁷⁷ Sa reconnaissance par l'ordre juridique ne s'en pose pas moins à un second degré : les organes de création et d'application du droit, voire plus généralement les tiers, vont-ils s'en emparer pour lui conférer une nouvelle vie ?

en ce compris celui d'un auteur comme J. d'Aspremont qui, contestant le processus de déformalisation des sources en droit international et proposant de l'expurger de tout déterminant non formel, n'envisage la pertinence du *soft law* qu'en rapport avec le contenu d'une source par ailleurs formellement contraignante¹⁷⁸. A son crédit toujours, la définition invite à s'interroger sur la consistance du produit qui émanerait de la rencontre de ses deux hypothèses. *Soft law* sur *soft law* ne vaut? Cela donne en tout cas du «*very soft law*», pour reprendre une expression déjà citée¹⁷⁹.

L'hétérogénéité inhérente à la définition privilégiée se double, à un second niveau, de celle des catégories qu'elle abrite, et en particulier de la première d'entre elles : le *soft instrumentum*. Les actes que ce label fédère n'autorisent presque aucune comparaison, tant sont multiples leurs auteurs, les objectifs qu'ils poursuivent et les effets qu'ils produisent. Cette diversité voue presque à l'échec toute tentative d'appréhension, *in globo*, du *soft instrumentum*. Aussi avons-nous pris le parti de le décliner en *soft law* para- et périlégislatifs, ce dernier comptant lui-même quatre (et non plus trois) sous-catégories (droit recommandé, droit proposé, *hard law* en puissance, *hard law* appliqué). Mais là encore il faut s'y résoudre : tout au plus cette classification permet-elle une meilleure appréhension de ce donné, sans toutefois parvenir à totalement en rendre compte¹⁸⁰. Certains instruments que l'on serait tenté de qualifier de *soft law*, comme les avis, se plient mal à ces sous-distinctions, sans compter que d'autres, comme les recommandations, répondent tour à tour ou en même temps à plusieurs de ces qualifications. En aucun cas, par contre, cet essai de rationalisation ne permet d'esquisser un régime juridique propre à chacune des catégorisations proposées. Si une pondération apparaît possible, et même souhaitable, et semble parfois pratiquée, ce n'est pas la sous-catégorie dont relève un *soft instrumentum* qui conduit à lui reconnaître, une fois pour toutes, un poids ou une force normative déterminé(e). Au sein d'une même espèce, voire d'un même genre, ce poids, de surcroît variable pour un instrument

¹⁷⁸ J. D'ASPREMONT, *op. cit.*

¹⁷⁹ Cf. *supra* note 122.

¹⁸⁰ En ce sens : D. DUMONT, *op. cit.* ; N. DE SADELEER, *op. cit.*

déterminé, est avant tout affaire de casuistique et fonction de paramètres divers – propres à l'instrument considéré ou extérieurs à celui-ci – opérant au service d'un certain objectif.

Dans une perspective avant tout descriptive et sur fond de pluralisme juridique, on gagne par ailleurs à distinguer les différents instruments juridiques non contraignants en fonction de leur auteur : autorité publique¹⁸¹ ou acteur privé. Sans doute convient-il également de ménager un statut particulier aux instruments *soft* explicitement reconnus par un ordre juridique considéré, comme les recommandations en droit européen¹⁸².

Quant à la seconde catégorie : le *soft negotium*, on l'avait délibérément cantonnée à une hypothèse déterminée (des obligations peu contraignantes en raison de l'indétermination de leur contenu), mais, comme l'ont montré plusieurs contributions de cet ouvrage, une acception plus large du terme conduit, ici aussi, à constater l'hétérogénéité de ses manifestations ; à ce niveau également peut donc se poser la pertinence de cette catégorie de normativité. Les déclinaisons du *soft negotium* suggérées par certains auteurs ont en tout cas conduit à ébranler les attentes qu'on avait initialement nourries à l'égard de celle-ci, même telle qu'on l'avait initialement circonscrite et fût-ce dans une perspective principalement descriptive. A l'analyse, on peut se demander s'il n'est pas plus fécond de rendre compte de la gradualité du *hard law* au départ de la théorie des trois cercles de la validité ou de celle de la force normative¹⁸³,

¹⁸¹ Cf. à cet égard la contribution précitée de Fr. BELLEFLAMME et M. DOUTREPONT. Les auteurs y définissent la circulaire « comme toute note émanant d'une autorité publique et formulant une règle générale pour l'application de la loi (entendue au sens large) » (n° 6), tout en précisant par ailleurs que « les circulaires participent d'un ordre juridique interne à l'administration, distinct de l'ensemble du droit et subordonné à celui-ci » (n° 12) ; et celle de S. GERRY-VERNIÈRES sur les actes étatiques non contraignants.

¹⁸² Compar. avec A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits », ce volume, qui double cette distinction (données émises ou non « par des institutions dont le pouvoir normatif est reconnu par l'ordre juridique ») d'une autre, selon que ces données sont émises ou non dans la langue du droit.

¹⁸³ En appréciant, notamment, le degré de valeur déontique d'un instrument déterminé. Voy. à cet égard : C. THIBIERGE, « Conclusion... », *op. cit.*, e.a. p. 822). Cette conclusion n'affecte en rien la qualité des contributions rédigées au départ de cette notion dans la mesure où on s'interroge uniquement sur la

sans mobiliser, pour désigner cette réalité, la qualification de *soft law* intralégislatif.

Qui trop embrasse mal étreint ? Au-delà des éléments de réponse qu'on a tenté de lui apporter, la question demeure posée, sachant qu'en tout état de cause, le label « *soft* » ou « *hard* » n'est jamais qu'une photographie du droit à un moment donné, à telle enseigne que, si elles peuvent se recouvrir, les qualifications peuvent aussi évoluer.

La ou le *soft law* ? Si on s'en tient à notre vision initiale selon laquelle les différentes manifestations du *soft law* ont en commun de proposer un modèle de conduite¹⁸⁴, quel qu'en soit le degré de force normative, le féminin devrait l'emporter sur le masculin qu'on a pourtant spontanément privilégié et maintenu en l'espèce. Ce choix devrait s'imposer, non tant par déférence à l'égard du Conseil d'État, que par cohérence sémantique : c'est bien davantage la loi au sens matériel, que le droit, qu'on a tendance à désigner sous le terme « *law* ». Mais ici encore reste à savoir si cette prémisse est fondée.

pertinence de l'étiquette initialement suggérée : *soft law* intralégislatif, l'intérêt des distinctions et développements menés sous cette bannière demeurant pour sa part intact.

¹⁸⁴ Cf. *supra*, p. 542.