

LES SOURCES DU DROIT REVISITEES A LA LUMIERE DE LA THEORIE DE LA FORCE NORMATIVE

Document de travail rédigé initialement par H. Dumont, I. Hachez et S. van Drooghenbroeck en vue de proposer au SIEJ, et au nom du CIRC, la thématique des « Sources du droit » lors de la réunion du mercredi 18 novembre 2009, et intégrant, dans la présente version (finalisée par I. Hachez le 4 décembre 2009), les données issues de cette réunion.

Voir, par ailleurs, le procès-verbal de la réunion du 18 novembre 2009 rédigé par Diane Bernard.

A - Objet

Le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques vient d'arrêter, pour les trois années à venir, son nouveau thème d'étude, à savoir les Sources du droit revisitées à la lumière de la théorie de la force normative. Outre l'examen, sur un plan conceptuel, des notions afférentes à ce thème (de la notion de source du droit elle-même à celle du *soft law*, en passant par la notion d'internormativité), il s'agira d'étudier un certain nombre d'actes en questionnant, pour chacun d'eux, leur qualité de source formelle du droit et leur vocation à être pris en compte par le juge, d'une part, ainsi que leur force normative, d'autre part. Parmi ceux-ci, on épinglera des actes aussi divers que les directives de l'Organisation mondiale de la Santé, les « principes » dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les coutumes constitutionnelles, les lois dépourvues de contenu normatif, les déclarations politiques unilatérales, les circulaires administratives, les directives d'interprétation ou encore les usages honnêtes en matière commerciale. L'analyse des actes relevant, de près ou de loin, de l'exercice des fonctions traditionnelles de l'Etat (fonction normative, fonction administrative, fonction juridictionnelle) gagnera par ailleurs à être enrichie par celle de « normativités concurrentes ». Que l'on songe aux rapports d'experts, aux codes de « bonne gouvernance » ou, encore, aux normes techniques et politiques.

Ce faisant, l'on sera tout à la fois conduits, dans le cadre du présent Séminaire, à revisiter certaines sources formelles classiques du droit et à examiner les questions posées par l'émergence de nouvelles sources du droit. En définitive, la déclinaison des données conceptuelles au sein de différents domaines d'application du thème étudié devrait permettre de dégager des lignes directrices de nature à rejaillir sur ces données et à les préciser (en identifiant, par exemple, une prise en compte différenciée du *soft law* selon qu'il émane d'un organe de contrôle *a priori* ou *a posteriori*, en fonction du type de *soft law*, ...).

B - Organisation

I - Séminaires sur des thématiques ponctuelles au cours des deux années à venir, avec, au préalable et dans toute la mesure du possible, remise aux participants du texte qui sera exposé par le ou les orateur(s) ou de textes de référence.

Certains de ces séminaires pourraient prendre la forme d'une après-midi d'étude dans le cadre des recyclages dirigés par Pierre Jadoul et destinés aux praticiens¹.

II - Ces séminaires sont destinés à déboucher, à terme et après maturation, sur un ouvrage collectif (reprenant des contributions ayant donné lieu à de véritables échanges entre les auteurs sur la base, notamment, de textes provisoires) et éventuellement un colloque.

Coordination : I. Hachez

C – Esquisse de plan pour l'ouvrage collectif

Il est fait état, ci-après, de l'ensemble des questions que nous inspire, pour l'heure, la thématique examinée. Il va de soi qu'en vue de l'élaboration d'un ouvrage collectif, ce plan sera destiné à être retravaillé, une sélection devant notamment être opérée parmi les sujets proposés et leur contenu étant par ailleurs amené à évoluer.

I – CADRE CONCEPTUEL

L'idée, avec un cadre conceptuel, n'est point de borner les recherches ultérieures, mais de s'assurer que chacun désigne sous un même vocabulaire une réalité juridique identique, les recherches menées pouvant du reste conduire à préciser le sens des notions mobilisées ou à mettre en exergue leur sens pluriel.

Il convient en tout cas d'approfondir les notions suivantes :

- (1) la notion même de sources du droit
 - en rapport avec la notion de règles de reconnaissance chez Hart [Ph. Gérard]
 - l'histoire des sources du droit (ex. : manière dont la haute magistrature a conçu les sources du droit au travers des mercuriales [J.P. Nandrin])
 - la difficulté voire l'impossibilité d'identifier une source méta (ex : rapports entre droit international et droit européen [A. Bailleux ?])
- (2) la notion de Constitution et sa prétention à être la « source régulatrice du système des sources du droit »² (article 33 de la Constitution) [H. Dumont]
- (3) la notion de *soft law* (cf. la définition du Dictionnaire de droit international public dirigé par J. Salmon ; mise en évidence, sur un plan théorique à ce stade, des différentes manières de conférer une certaine juridicité aux différents types de *soft law* : déclaration de volonté unilatérale, contrat, responsabilité aquilienne, établissement de l'élément subjectif de la coutume, ...) ; le *soft law* gagnerait le cas échéant à être analysé sous l'angle de l'histoire des sources du droit [I. Hachez ?]
- (4) la notion de force normative [l'ouvrage dirigé par C. Thibierge, dont la référence est reprise à la fin de la présente note], en ce compris, sous l'angle du langage du droit, la

¹ Pour mémoire : dans l'hypothèse où les contributions présentées dans ce cadre déboucheraient sur une publication, il conviendrait de se réserver la possibilité, auprès de l'éditeur, de les republier en tout ou en partie dans l'ouvrage collectif présenté ci-après.

² A. PIZZORUSSO, « La question des sources du droit au début du XXIème siècle », En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1216.

question de la performativité (ex : rapport entre action et droit subjectif : droit qui trouve son point de départ dans le sujet agissant)

- (5) les notions de force obligatoire, force contraignante, force exécutoire, force probante, ...
- (6) la notion d'internormativité.

Ce sera également, pour chacune de ces notions, l'occasion de poser certaines questions transversales à cogiter dans le cadre des différents domaines d'application abordés [les pages de synthèse de C. Thibierge sur la force normative pourraient constituer un bon point de départ pour les formuler], et destinées à baliser le thème très large des sources. Ainsi, à propos du *soft law* :

- (1) quelle prise en compte par les organes de contrôle ?
- (2) prise en compte différenciée selon qu'organe de contrôle *a priori* ou *a posteriori* ?
- (3) prise en compte différenciée en fonction du type de *soft law* (auteur ; contenant ou contenu ; ...) ? possibilité de distinguer le degré de force normative des diverses manifestations du *soft law* sur cette base ?
- (4) légitimité et, plus largement, validité de cette prise en compte ou, le cas échéant, du déni de prise en compte ?

II – DOMAINES D'APPLICATION

Les questions sous-jacentes à chacun des domaines d'application épinglés - et partant l'angle sous lequel ces thématiques devraient être abordées - , sont les suivantes : est-on en présence d'une source du droit, d'un élément auquel le juge peut se référer ? Quelle est la force normative de l'acte considéré ?

II.1. – LA FONCTION NORMATIVE

II.1.1 – Le niveau international

- un traité signé mais non encore ratifié, ou ratifié mais non encore entré en vigueur (quels effets ?)
- le *soft law* du droit international des droits de l'Homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne (ex. : les recommandations, observations générales, ..., rédigées par les différents comités des Nations Unies [J. Ringheleim ?] ; les directives de l'Organisation mondiale de la Santé prises en compte dans le cadre du contentieux des bruits d'avion ; les différents textes régissant la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits fondamentaux ; les résolutions consacrant des droits de la troisième génération)
- les déclarations politiques unilatérales (quelle force contraignante ?)

II.1.2 – Le niveau européen (Conseil de l'Europe et Union européenne)

- le *soft law* du droit européen des droits de l'Homme, dans la jurisprudence européenne et la jurisprudence interne
- les « principes » dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [A. Bailleux ?]
- une directive pendant son délai de transposition (quels effets ?)
- les actes hors nomenclature dans le droit européen (exemples : conclusions du Conseil ; résolutions du Conseil ; communications de la Commission ; la MOC. A décliner dans diverses matières, par exemple le droit social [D. Dumont], domaine des télécoms [I. Mathy ?])
- la nouvelle nomenclature dans le traité de Lisbonne

II.1.3 – Le niveau constitutionnel

- les coutumes constitutionnelles [H. Dumont]
- les déclarations de révision de la Constitution et leur portée interprétative
- l'article 7bis de la Constitution et sa portée

II.1.4 – Le niveau législatif

- les rapports de commission [*cf.* contribution de M. Vanderhulst, « Het commissieverslag over wetsontwerpen en voorstellen in Kamer en Senaat », à paraître dans *Tijdschrift voor wetgeving* ; travaux de P. Popelier et J. Van Nieuwenhove]
- une loi promulguée mais non encore publiée, ou publiée mais non encore entrée en vigueur (quels effets ?)
- les déclarations politiques unilatérales (ex. : débat sur la régularisation des illégaux avant l'adoption de la loi ; quelle force contraignante ? ; en matière de logement, influence des accords de gouvernement sur l'action du gouvernement)
- les lois dépourvues de contenu normatif (ex. : les clauses de conformité aux droits de l'Homme ; les déclarations programmatoires en matière d'enseignement) [X. Delgrange]

N.B. : existence de lois sans sanction en droit romain (les lois imparfaites et moins que parfaites)

II.1.5 – Le niveau réglementaire

- les conventions collectives de travail
- les circulaires administratives, singulièrement dans la matière du droit des étrangers [Bruno Lombaert ? M. Doutrepoint?]
- les circulaires de politique criminelle [Ch. Guillain]
- le *ruling*

II.1.6 – Le niveau transversal

- les principes généraux du droit (ex. : les principes du droit de l'environnement ; les principes de bonne législation, en évoquant éventuellement à cette occasion la loi du 25 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif [*cf.* article de François Tulkens, « Principes de bonne législation et renouveau

démocratique : qui osera, en Belgique, réellement franchir le pas ? » in *Mélanges Mahieu*) [J. van Meerbeeck ?] ;

- la coutume
- les usages
- la frontière entre acte réglementaire et acte individuel (notamment sous l'angle de l'article 608 du Code judiciaire) ;

II.2 – LA FONCTION ADMINISTRATIVE

- l'acte administratif à portée individuelle [B. Lombart ? I. Mathy ?]

II.3 – LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

- la jurisprudence comme source du droit
 - * la prohibition de l'arrêt de règlement (article 6 C. Jud) fait-il réellement obstacle à l'émergence d'un droit transitoire jurisprudentiel ?) [M. van de Kerchove]
 - * l'ensemble des mesures pénales dites prétorienne (médiation, peines alternatives, ...)
 - * l'autorité des arrêts et décisions rendues par la Cour internationale de justice, le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle, ...
- les directives d'interprétation

II.3 – LES NORMATIVITES CONCURRENTES

- la doctrine
- les rapports d'experts [S. van Drooghenbroeck] (en matière de logement, les organes consultatifs et leur influence sur l'élaboration de la norme)
- les *amicus curiae*
- les codes de "bonne gouvernance" dans le droit des sociétés et le droit économique
- le droit comparé (système de *common law* et système civiliste (en droit romain, dualité d'institutions entre droit prétorien et droit privé) ; prise en compte, via le DIP, de la jurisprudence étrangère ; incidence du droit comparé sur la naissance du droit social [J.-P. Nandrin ?])
- l'internormativité
 - * les normes techniques (ex : place de la science dans le contenu même de la norme [D. Misonne ?] ; autorité de la grille Claeys, des tableaux d'évaluation

du préjudice corporel ?; en matière de logement, dérogations « paralécales » de l'administration en présence de prescriptions impératives)

* l'histoire (la nouvelle décision-cadre UE du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal et sa transposition en Belgique)

* la morale (par exemple la référence à des standards comme les bonnes mœurs)

* la religion

* l'équité

* la politique (les normes politiques ; la paralégalité)

D – Calendrier et thématiques des séminaires

I – Vendredi 29 janvier 2010 (14 à 16h) : la notion de sources du droit [discussion sur la base d'un portefeuille (d'extraits) de textes ; orateur : Ph. Gérard]

II – Vendredi 5 ou 12 mars 2010 (15 à 17h) : la notion de force normative [orateur pressenti: C. Thibierge]

III – Mercredi 17 mars 2010 (14 à 16h) (*et non plus le lundi 22 mars 2010, de 16 à 18h, comme convenu initialement*) : les circulaires de politique criminelle [orateur : Ch. Guillain]

IV – Jeudi 1^{er} avril 2010 (16 à 18h) : les coutumes constitutionnelles [orateur : Hugues Dumont]

V – Jeudi 6 mai 2010 (15 à 17h) : le *soft law* en droit international [orateur : Julien Cazala]

E - Quelques références d'ores et déjà épinglées en la matière :

- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par H. Thévenaz, 2^{ème} éd., Neuchâtel, La Baconnière, 1988 ;

- H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. van de Kerchove, 2^{ème} éd. augmentée, Bruxelles, F.U.S.L., 2005 ;

- F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1954, 2 tomes ;

- *L'hypothèse du non-droit*, XXX^{ème} séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, Commission droit et vie des affaires, 1978 ;

- « *Sources* » du droit, Archives de philosophie du droit, Tome 27, 1982 ;

- A. DUFOUR, « Théorie des sources du droit dans l'École du droit historique », *Droits de l'homme, droit naturel et Histoire*, Paris, PUF, 1991, p. 221 et s.

- Ph. JESTAZ, « Sources délicieuses ... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 73 et s. ; « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 299 et s. ; *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005.
- M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ; *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, 2002 ;
- C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 599 et s. ;
- P. MOOR, *Théorie micropolitique du droit*, Paris, P.U.F., 2005
- *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006 ;
- P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet ?*, Brugge, die Keure, 2006 ;
- A. PIZZORUSSO, « La question des sources du droit au début du XXIème siècle », En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1197 à 1219 ;
- J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2009, p. 109 et s.
- C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.

*