

# Table des matières

Sommaire	V
Avant-propos	XI

## CHAPITRE I – La fonction normative<sup>1</sup>

<b>Section 1 – Le niveau international</b>	17
<b>§ 1. Le <i>soft law</i> international : entre inspiration et aspiration</b>	17
Julien CAZALA	
I. <i>Soft law</i> , facteur d'inspiration du <i>hard law</i>	21
A. <i>A minima</i> , le <i>soft law</i> constitue une source matérielle de droit international	22
B. La prise en compte du <i>soft law</i> dans l'interprétation du <i>hard law</i>	24
1. La contextualisation	25
2. Lien entre interprétation et application du droit	28
II. L'aspiration du <i>soft law</i> au <i>hard law</i>	32
A. L'incorporation conforme à la théorie traditionnelle des sources	33
1. Consécration conventionnelle de l'énoncé <i>soft law</i>	33
2. <i>Soft law</i> et processus coutumier	36
a) Extension coutumière à l'égard des tiers au traité	37
b) Reprise d'une norme coutumière dans un instrument <i>soft law</i>	37
c) Alimentation du processus coutumier	38

<sup>1</sup> Le présent volume aborde la fonction normative (chapitre I) sous l'angle des normes internationales et constitutionnelles. Le volume 2 poursuit l'enquête entreprise dans ce volume en étudiant les actes, de nature *hard* ou *soft*, qui relèvent de la fonction normative, mais cette fois aux niveaux législatif et réglementaire, et rassemble en outre les contributions consacrées aux fonctions administrative, juridictionnelle et contractuelle (chapitres II, III et IV). Enfin, le volume 3 étudie les normativités concurrentes (chapitre V), tandis que le volume 4, qui relève plus directement de la théorie du droit, obéit à une structure qui lui est propre.

3. Engagement unilatéral de l'État de conformer sa pratique à l'énoncé <i>soft law</i>	39
4. La dimension <i>soft law</i> de la jurisprudence internationale	40
B. La transformation du système traditionnel des sources du droit international ?	42
1. <i>Soft law</i> et génération de règles coutumières internationales	42
2. La « densification normative » du <i>soft law</i> sous l'action d'un organe de contrôle	46
Conclusion	55

## § 2. Le Statut de la Cour pénale internationale saisi par les États : un jaillissement du droit hors catégories ? 57

**Diane BERNARD**

I. L'adaptation des législations nationales en vertu du droit de la C.P.I. : une obligation relative au contenu flexible	59
A. Une obligation relative	59
1. Aux termes littéraux du Statut, une éventuelle obligation indirecte	60
2. Une incitation à agir, dans le préambule du Statut	61
3. La complémentarité de la Cour, moteur d'action	62
a) Mécanisme général	63
b) Attentes à l'égard des États	65
c) Effet politico-juridique	66
4. Pratique et interprétations convergentes	68
B. Une incitation au contenu flexible	70
1. Des crimes diversement définis	72
2. L'impact imprévu de certains principes du droit pénal	75
3. Une incontournable diversité	77
4. L'efficacité du relatif	79
II. Renoncer à la catégorisation pour quantifier et fonder la normativité	83
A. Une source à la fois formelle et matérielle, <i>hard</i> et <i>soft</i> ?	84
1. Un objet formel et/ou matériel, selon le point de vue adopté	85
2. Droit dur et mou	86

B. Évaluer et justifier l'intensité du droit	90
1. Estimer la force normative	91
2. Fonder la validité	94
Conclusion	98
<b>§ 3. Le <i>soft law</i> du droit international des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne</b>	101
<b>Frédéric VANNESTE</b>	
I. Le droit international des droits de l'homme : un droit plus ou moins <i>soft</i>	103
II. Dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne	111
A. Jurisprudence nationale (belge)	111
B. Jurisprudence internationale	115
C. Juridictions nationales et internationales : une approche différente ?	120
III. <i>Soft law</i> des droits de l'homme : un droit qui aspire à devenir <i>hard law</i>	122
Conclusion	124
<b>Section 2 – Le niveau européen (Conseil de l'Europe et Union européenne)</b>	127
<b>§ 1. La nouvelle nomenclature des actes dans le traité de Lisbonne</b>	127
<b>Laetitia GUILLOUD</b>	
Introduction	127
I. La contribution du traité de Lisbonne à une réorganisation des sources du droit de l'Union européenne	132
A. La contribution du traité de Lisbonne à la rationalisation des sources du droit de l'Union européenne	133
1. La diminution des sources unilatérales prévues par les traités	133
2. La simplification des sources conventionnelles	134

3. L'encadrement des actes atypiques (ou hors nomenclature)	135
4. La diversité persistante des traités fondateurs (sources primaires)	136
5. La remise en cause partielle des principes généraux du droit?	137
B. La contribution du traité de Lisbonne à la hiérarchisation des sources du droit de l'Union européenne	138
1. La hiérarchie entre les sources internes et externes	139
2. La hiérarchie au sein des sources internes	140
II. Les incohérences du traité de Lisbonne dans la réorganisation des sources de droit dérivé	142
A. La diversité des procédures législatives	144
B. L'hétérogénéité de la catégorie des actes non législatifs	145
1. Les actes délégués	145
2. Les actes non législatifs pris sur le fondement direct des traités	147
III. La contribution du traité de Lisbonne à la « force normative » des actes de droit dérivé	148
A. La valeur normative des actes de droit dérivé	148
1. La valeur déontique	148
2. La valeur axiologique	151
B. La portée normative des actes de droit dérivé	154
C. La garantie normative des actes de droit dérivé	155
Conclusion	159

## **§ 2. Les principes généraux du droit de l'Union européenne** 161

**Jérémie VAN MEERBECK**

Introduction	161
I. En quête de reconnaissance	161
A. La règle de reconnaissance et la reconnaissance du principe	161
B. Des critères d'identification	163

1. Des critères formels: caractère non écrit et approche nominaliste	163
2. Un critère organique: le rôle du juge	166
3. Des critères matériels: généralité et importance	174
II. Une normativité incertaine	178
A. La valeur normative des principes	178
B. Les portée et garantie normatives des principes	182
III. Une validité complexe	194
A. La validité formelle des principes	194
B. La validité empirique des principes	195
C. La validité axiologique des principes	196
1. En quête de rationalité formelle	197
2. En quête de rationalité matérielle	200
Conclusion	204

### **§ 3. Peut-on parler de « coutume » en droit de l'Union européenne ?** 207

**Thérèse BLANCHET et Jacques KELLER-NOËLLET**

Introduction	207
I. L'Union européenne: un ordre juridique spécifique	211
II. Le droit matériel de l'Union et le comblement de ses éventuelles lacunes	213
A. Pas de coutume européenne de droit matériel	214
B. Le rôle prétorien de la Cour, la clause de flexibilité et les bases juridiques fonctionnelles	215
III. Le droit institutionnel de l'Union, terreau plus propice à la coutume?	217
A. Trois principes institutionnels propres au droit de l'Union	219
B. Des « pratiques institutionnelles » dans les zones grises des traités	221
C. Des pratiques pour résoudre des conflits institutionnels	223
D. Deux exemples de la « germination » de certaines pratiques	225

IV. Qu'en pense la Cour de justice ?	239
A. Sévérité contre les pratiques contraires aux traités	239
B. Tolérance pour les pratiques d'organisation interne et de coopération entre institutions	242
V. Deux exemples de pratiques institutionnelles susceptibles d'être devenues coutumes	244
A. Le Comité spécial Agriculture	244
B. Le <i>Gentlemen's Agreement</i> en matière budgétaire	246
VI. Confrontation de ces deux exemples à la « règle de reconnaissance » d'Herbert Hart	248
Conclusion	249
<b>§ 4. Les actes hors nomenclature et le <i>soft law</i> européen</b>	253
<b>A. Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne</b>	253
<b>Nicolas DE SADELEER</b>	
Introduction	253
I. Succès et fonctions des actes atypiques	254
II. Actes programmatiques et préparatoires	258
A. Conseil européen	258
B. Conseil	259
C. Parlement européen et Conseil	260
D. Commission européenne	261
1. Livres verts	261
2. Livres blancs	263
3. Programmes d'action	264
4. Communication informative	266
III. Actes interprétatifs et décisionnels	266
A. Faculté pour la Commission de se fixer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation	267
B. Respect du droit primaire et du droit dérivé par la Commission, et interdiction d'édicter de nouvelles règles juridiques	269
C. Caractère contraignant relatif des règles que la Commission s'impose	270

D. Les règles que la Commission s'impose ne sauraient lier la Cour de justice	273
IV. Actes nommés et innomés favorisant la coordination et l'harmonisation	274
A. Recommandations	275
B. Avis	278
C. Actions d'encouragement, orientations et indicateurs	280
D. Autorèglementation et coréglementation	281
1. La coréglementation et l'autorégulation dans le domaine environnemental	282
2. Le dialogue social et la méthode ouverte de coordination	285
3. La normalisation	287
4. Les codes de conduite	288
V. Actes internes	290
A. Les actes préparatoires	290
B. Les accords interinstitutionnels	290
C. Portée juridique des actes internes	292
Conclusion	293
<b>B. Les actes non contraignants dans le droit européen des communications électroniques</b>	
<b>Les frontières du <i>soft law</i> européen à l'épreuve</b>	295
<b>Pierre-Olivier DE BROUX et Irène MATHY</b>	
I. Brève introduction au droit européen des communications électroniques	297
A. La convergence des réseaux de communications électroniques	298
B. La multiplication des services de communications électroniques	300
C. Le rôle étendu des autorités de régulation	300
II. Les actes non contraignants imposés ou permis par le cadre réglementaire	302
A. L'ancrage d'instruments de <i>soft law</i> au sein du <i>hard law</i>	303
1. La définition et l'analyse des marchés pertinents, en vue de déterminer si un opérateur est puissant sur un marché (articles 15 et 16)	304

2. Les mesures d'harmonisation des tâches exercées par les A.R.N. (article 19)	305
3. Les procédures d'échange d'informations dans le cadre du mécanisme de consultation communautaire (articles 7 et 7ter)	305
4. La normalisation (article 17)	306
B. Le contenu normatif des actes non contraignants	308
C. La force normative et la validité des actes non contraignants rencontrés	310
1. La valeur normative	310
2. La portée normative	311
3. La garantie normative	312
4. Le degré de juridicité et la classification dans la théorie du <i>soft law</i>	315
III. Les actes de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE)	316
A. La composition et les missions de l'ORECE et de ses prédécesseurs	317
1. Les prédécesseurs : I.R.G. et G.R.E.	317
2. L'ORECE	318
B. Les moyens d'action et les procédures suivies par l'ORECE et ses prédécesseurs	319
1. « Positions communes » et « meilleures pratiques »	321
2. Avis et recommandations	323
C. La force normative et la validité des actes non contraignants émis par l'ORECE et ses prédécesseurs	325
Conclusion	327
<b>C. Le dialogue social européen et ses instruments : du <i>soft</i> au <i>hard law</i>, et retour</b>	329
<b>Daniel DUMONT</b>	
Introduction	329
I. La genèse du dialogue social européen : une autofondation de la négociation collective initiée par le politique	331



A. La préhistoire du dialogue social européen : les entretiens de Val Duchesse (1985-1990)	333
B. La naissance du dialogue social européen : l'accord sur la politique sociale de 1991	336
II. Le cadre du dialogue social européen établi par le traité : consultations et négociations	340
A. La consultation obligatoire des partenaires sociaux par la Commission et le principe de subsidiarité horizontale	342
B. Les relations conventionnelles entre les partenaires sociaux et leurs accords	346
1. Les accords mis en œuvre par décision du Conseil	348
2. Les accords mis en œuvre selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres	351
III. Les produits du dialogue social européen (1991-2011) : du dur, mais surtout du mou et du flou	355
A. Les accords-cadres : tantôt intégrés par l'ordre juridique européen, tantôt parallèles à lui	357
1. Les accords-cadres homologués : du droit dérivé à part entière	359
2. Les accords-cadres autonomes : du <i>soft law</i> en attente de reprise à l'échelle nationale	364
B. Les autres produits du dialogue social européen : le foisonnement du droit spontané	373
Conclusion : relancer le dialogue social européen ?	376

## § 5. Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme

### Questions de légitimité et de méthode 381

Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK  
et Frédéric KRENC

Introduction 381

I. Le *soft law* des droits de l'homme 384

II. Quelques exemples significatifs 387

III. Questions de légitimité	393
A. L'approche classique	394
1. L'instrument de <i>soft law</i> comme « prodrome » de l'engagement conventionnel	396
2. L'acquisition d'effets contraignants par référence dans un instrument juridiquement contraignant	396
3. L'instrument de <i>soft law</i> comme attestation d'une coutume existante ou en voie de formation	397
4. L'instrument de <i>soft law</i> comme attestation d'un principe général de droit ?	398
5. L'instrument de <i>soft law</i> comme interprétation authentique d'un texte de droit dur ?	399
B. Quelle légitimité pour la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme ?	401
IV. Questions de méthode	408
A. <i>Curia novit soft law</i> ?	413
B. La « légitimité »	417
1. Un consensus des États : <i>soft law</i> « politique », <i>soft law</i> « expert » et <i>soft law</i> « privé »	417
2. Le <i>consensus</i> des États : l'unanimité plutôt que la majorité	419
3. Le <i>consensus</i> des États membres du Conseil de l'Europe : le proche plutôt que le lointain	421
4. Les conditions de vie actuelles : le récent plutôt que l'ancien	424
C. L'effectivité	426
Conclusion générale	430

**§ 6. Les rapports du C.P.T. dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un puits de normes ?** 433

**Damien SCALIA**

Introduction 433

I. De l'usage des rapports du C.P.T. par la Cour européenne 437

    A. Éléments factuels et contextuels 439

        1. Valeur probante limitée 440

2. Valeur probante maximale	442
3. Conclusions intermédiaires	445
B. Éléments normatifs	446
1. Critères d'évaluation des conditions de privation de liberté	448
2. Non-respect des normes du C.P.T. comme violation de la C.E.D.H.	450
3. Conclusions intermédiaires	451
II. D'une validité à l'autre	452
A. Légitimité et légalité des <i>normes</i> du C.P.T.	453
1. Légitimité assurée	453
2. Légalité respectée	455
3. Conclusions intermédiaires	457
B. Effectivité relative des normes de conditions de détention	459
Conclusion	461

**§ 7. Droits et principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : pas d'opposition simple entre *hard law* et *soft law*** 463

Nathalie VAN LEUVEN

Introduction	463
I. La Charte envisagée sur un plan formel	464
A. La Charte comme instrument de <i>soft law</i> périconventionnel lors de sa proclamation à Nice	464
B. La Charte comme instrument normatif juridiquement contraignant depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne	469
II. La Charte envisagée sur un plan matériel	469
A. Introduction : le caractère spécifique des droits fondamentaux	469
B. Une division entre droits et principes de la Charte	471
1. Les droits de la Charte : <i>hard law</i> ?	471
a) Correspondance avec la Convention européenne des droits de l'homme	471

b) Connexion avec le droit de l'Union européenne et avec la Charte sociale européenne	475
2. «Droits» de la Charte et <i>soft law</i>	477
a) Du point de vue de l'Union européenne	477
b) Du point de vue des autres ordres juridiques	482
Conclusion	494
<b>§ 8. La normalisation technique</b>	495
<b>Delphine MISONNE</b>	
Introduction	495
I. La norme	497
A. Une norme technique	497
B. Des organismes spécifiques	499
C. Une norme volontaire à double titre	500
II. La nouvelle gouvernance	502
A. Des normes mandatées	502
B. Des normes payantes	505
C. Des normes légitimes et démocratiques?	506
III. Les effets juridiques d'une norme volontaire	508
A. Des effets liés à l'intensité de l'hybridation	509
B. La nature atypique de la norme mandatée	510
Conclusion	511
<b>Section 3 – Le niveau constitutionnel</b>	513
<b>§ 1. Le <i>soft law</i> intraconstitutionnel</b>	513
<b>Charles-Hubert BORN et Marc VERDUSSEN</b>	
Introduction	513
I. Une force normative affaiblie par l'auteur de la norme constitutionnelle	515
A. La faible densité de la norme constitutionnelle	515
1. Les normes constitutionnelles essentiellement symboliques	515

2. Les normes constitutionnelles imposant des obligations positives faiblement contraignantes	516
a) Les normes constitutionnelles consacrant des droits économiques, sociaux et culturels	517
b) Les normes constitutionnelles définissant des objectifs de politique générale	521
3. Les normes constitutionnelles recourant à des standards juridiques	526
4. Les normes constitutionnelles obscures	528
B. La périlleuse inanité de la norme constitutionnelle	528
C. La relative ineffectivité de la norme constitutionnelle	530
II. Une force normative affaiblie par les destinataires de la norme constitutionnelle	531
A. Le non-usage de normes constitutionnelles permissives	532
B. Le non-respect de normes constitutionnelles impératives	532
III. Une force normative affaiblie par les contraintes du droit international	533
A. Les normes constitutionnelles incompatibles avec le droit international	533
B. Les normes constitutionnelles inconciliables avec le droit international	535
Conclusion	535

## **§ 2. Les principes généraux du droit à « valeur constitutionnelle » : des incontournables de notre ordre constitutionnel**

Jan VELAERS

Introduction 537

I. Les principes généraux du droit comme source de droit	538
A. Des principes éthiques et politiques aux principes de droit	538
B. Les principes généraux du droit comme « source autonome de droit » pour le juge	539
C. La légitimation des principes généraux du droit	541

II. L'enseignement doctrinal relatif aux principes à valeur constitutionnelle	544
III. L'enseignement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle au sujet des principes généraux du droit à valeur constitutionnelle	549
IV. Les principes généraux du droit à « valeur constitutionnelle » : essai personnel d'analyse	551
A. Les principes généraux du droit repris dans la Constitution même	552
B. Les principes de droit « généralisés » au départ de dispositions particulières de la Constitution	554
C. Les principes généraux du droit déduits de l'économie générale de la Constitution	556
D. Les principes généraux du droit inhérents au système juridique	561
E. Pas de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle <i>contra constitutionem</i>	568
1. Sécurité juridique <i>versus</i> légalité	568
2. Le respect de la hiérarchie des normes	572
Conclusion	579

### **§ 3. Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses** 581

**Hugues DUMONT**

Introduction	581
I. Le droit à l'existence des coutumes constitutionnelles	584
A. Le débat théorique et ses enjeux	584
1. La situation en France	584
2. La situation doctrinale en Belgique.	588
3. La situation jurisprudentielle en Belgique	592
B. Le fondement théorique des coutumes constitutionnelles	594
II. Les critères de distinction des coutumes constitutionnelles	602
A. Coutumes constitutionnelles et interprétations des règles écrites	602

B. Coutumes constitutionnelles et principes généraux du droit	604
C. Coutumes constitutionnelles et usages	609
III. Le rang des coutumes constitutionnelles et les conventions de la Constitution parallèles	615
A. Le rang des coutumes constitutionnelles	616
B. Les conventions de la Constitution parallèles	618
Conclusion	630

**§ 4. Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision** 635

**Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Luc DETROUX et Nicolas BONBLED**

Introduction	636
I. Mise en contexte: « Ceci n'est pas une pipe »	636
II. Échantillon de précédents	641
A. La notion constitutionnelle de « presse »	641
B. L'admissibilité, <i>de constitutione lata</i> , d'une consultation populaire fédérale, communautaire ou régionale	647
C. Les contours de la théorie des matières réservées à la loi	652
D. La mixité des listes électorales	658
II. La valorisation juridique de l'« essai constitutionnel non transformé »: éléments d'analyse	659
A. L'« essai constitutionnel non transformé » vaut des points, mais pas beaucoup	662
1. L'auteur de la reconnaissance: des « magistrats influents », mais non des « juges » à proprement parler	662
2. La finalité de la reconnaissance: purement interprétative	664
3. La portée de la reconnaissance: purement confortative	664
B. Tentative d'explication	664
Conclusion	671