

## Quand le « non-droit » fait la loi :

### Les accords de coopération et l'hypothèse du pluralisme juridique

Johanne POIRIER\*

|      |
|------|
| PLAN |
|------|

**INTRODUCTION :** Quand le droit public est souffrant...

- I. **LES SYMPTÔMES :** Une part de l'activité contractuelle des partenaires d'une fédération échappe au droit positif
- II. **LE DIAGNOSTIC :** S'agirait-il d'une manifestation de pluralisme juridique entre composantes de l'État ?
  - II.1 La variante « faible »
  - II.2 La variante « radicale »
  - II.3 La variante « intermédiaire »
  - II.4 Et si c'était de la « para-légalité », Docteur ?

**EN GUISE DE CONCLUSION ... ?**

- ... La médecine traditionnelle ?
- ... ou alternative ?

.....

**INTRODUCTION :** Quand le droit public est souffrant...

Le droit positif classique pose une condition de pedigree au droit « officiel » : il naît de l'action officielle des organes de l'État. Seules les normes que l'État édicte constitueraient ainsi du « droit » digne de ce nom. Les normes émanant de groupes non-étatiques sont ainsi reléguées à des ordres normatifs parallèles, et subordonnés au droit de l'État. Dans ce contexte, le « droit étatique » correspond au « vrai droit », voire au « Droit, avec une majuscule »<sup>1</sup>.

Le pluralisme juridique conteste ce positivisme juridique qui distingue le droit des autres formes de normativité uniquement en vertu de sa généalogie institutionnelle :

« La notion même de pluralisme juridique présuppose qu'il existe une normativité à l'extérieur du droit de l'État qui peut aussi être

---

\* Professeure assistante, Faculté de droit, Centre de droit public, ULB : [jpoirier@ulb.ac.be](mailto:jpoirier@ulb.ac.be).

<sup>1</sup> VANDERLINDEN, Jacques, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, *Les pluralismes juridiques*, Paris, ed. Karthala, 2003, pp. 21-33, à la p. 32.

considérée comme du droit, qu'il existe d'autres sources normatives que l'État et d'autres droits que le droit étatique »<sup>2</sup>.

Le pluralisme juridique bat donc en brèche les théories kelséniennes du droit, en vertu desquelles seules les normes émanant des organes officiels de l'État, et agencées dans une hiérarchie établie et limpide, constituent « du droit » digne de ce nom (et de l'enseignement universitaire !).

Le pluralisme juridique pose comme constat – ou postulat, selon l'approche – que l'État n'est pas l'unique, voire la principale source de normativité juridique. Hors de l'État, il y aurait « aussi du droit ». Les nuances entre diverses théories du pluralisme juridique portent notamment sur la relation (hiérarchique ou non) entre ces ordres juridiques « non-étatiques » et le droit de l'État.

La présente note aborde la question sous un autre angle : les organes de l'État peuvent-ils se placer « hors du droit (positif) », tout en restant dans un registre normatif fortement contraignant, formalisé, au point qu'il en constituerait un réel ordre « juridique », parallèle au droit étatique « officiel » ? Autrement dit, l'État peut-il lui-même créer un registre de normativité qui fasse concurrence – ou du moins qui se place en réelle alternative - au droit positif. Le pluralisme juridique peut-il expliquer non seulement le phénomène de normativités plurielles hors de l'État, mais au sein de l'État ?

Dans un État fédéral, le droit « étatique » se décline nécessairement au pluriel. Il est banal de reconnaître qu'une structure fédérale, au sein de laquelle co-existent et se chevauchent des ordres juridiques distincts (fédéral et fédéré), le droit ne peut être « un ». Mais ce droit pluriel reste du droit « officiel », « étatique », du « Droit avec un grand D ». La présente contribution prend évidemment acte de cette pluralité des droits étatiques au sein de la même unité politique. Mais ce n'est pas là l'objet de la réflexion. La question porte sur la normativité « hors du droit positif », telle qu'élaborées entre les partenaires d'un État fédéral.

Le matériau de base servant à explorer cette hypothèse sera celui des diverses ententes que concluent entre eux les partenaires au sein d'un État fédéral. De telles ententes se comptent par centaines dans chaque État fédéral, et manifestent une grande diversité d'appellations : conventions, accords intergouvernementaux, ententes administratives, protocoles, *memorandum of understanding*, etc. Ces ententes peuvent être très formelles ou consister en de simples échanges de lettres. Dans le contexte belge, il s'agit d'examiner non seulement les « accords de coopération » adoptés formellement en vertu de l'article 92 *bis* la Loi spéciale du 8 août 1980<sup>3</sup>, mais également les « protocoles » et autres conventions que concluent l'autorité fédérale et les entités fédérées, ou les entités fédérées entre elles. Dans cette note, ces ententes seront désignées de manière générique par l'expression « ententes intergouvernementales » (ou EIG).

Ces accords échappent souvent au contrôle du juge, et surtout, démentent la structure hiérarchisée du droit positif. On a beau vouloir insérer ces étranges « contrats » entre autorités publiques quelque part entre la norme législative et la Constitution, dans les faits, ces ententes se jouent souvent du paradigme pyramidal. Et pourtant la pratique ne sombre pas dans l'anarchie : un constat laissant perplexes plus d'un juriste positiviste. En

<sup>2</sup> GIROUX, Marie-Hélène, *La protection des minorités en droit international : Hongrie et Roumanie, une étude de cas*, Montréal, ed. Thémis, 2000, p. 7.

<sup>3</sup> *Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980* (M.B. 15.08.1980).

effet, ces ententes sont dotées d'une très grande effectivité qu'elles soient ou non conformes au droit positif<sup>4</sup>.

Plutôt que de défendre une thèse forte et bien appuyée, le présent cadre de recherche « virtuel » me donne l'occasion de lancer une piste de réflexion sur l'opportunité de qualifier de « pluralisme juridique » cette forme de normativité « *bis* » qui lie les partenaires fédéraux. L'objectif est largement exploratoire.

A ce stade, une remarque d'ordre lexicographique s'impose. Dans la conception positiviste et kelsenienne du droit, les termes « droit étatique », « droit positif », « droit officiel », « droit formel », voire « droit » toutcourt, sont pratiquement interchangeables. Le pluralisme juridique opposera les quatre dernières expressions à celle de « droit étatique ». Or, l'hypothèse avancée ici est que l'État pourrait lui-même générer des normes de droit « non-positif ». Dans ce contexte, l'expression « droit étatique » est éminemment ambiguë, et j'essaierai de l'éviter. Le droit public « officiel » de l'État sera désigné ainsi, ou par l'expression « droit positif ».

Enfin, une mise en garde et un appel à l'indulgence. Je ne suis pas une théoricienne du droit. Ma réflexion sur le pluralisme juridique découle d'analyses de droit public relativement classiques, de même que de recherches empiriques dans le domaine du fédéralisme comparé<sup>5</sup>. Dans le contexte de ma recherche, il est clairement apparu que le droit positif « classique » ne parvenait pas à cerner le phénomène des ententes entre exécutifs, et de leur normativité, souvent en marge des règles du droit positif. Je suis une observatrice du fédéralisme comparé en quête d'une théorie<sup>6</sup>. D'ailleurs, je concluais ma thèse doctorale en posant l'hypothèse du pluralisme juridique dans le contexte des EIG, sans toutefois pouvoir l'approfondir. La présente note me permet de reprendre le bâton de pèlerin pour explorer un peu mieux cette voie, largement restée au stade de l'intuition.

La présente contribution invite ainsi au dialogue avec les spécialistes. La première partie identifie des symptômes, ceux d'un droit en marge du droit, un « *non-droit qui ferait la loi* ». Pour le droit public, il s'agit assurément d'une drôle de maladie (I). Dans la seconde partie, je tente un diagnostic. Pourrait-il s'agir d'une forme de pluralisme juridique ? Les théoriciens du droit me feront peut-être l'honneur de contester ou d'infirmier ou du moins de scruter avec moi cette conjecture (II). Enfin, la conclusion abordera le caractère de l'affliction (maladie infantile, contagieuse, chronique ?) et des éventuels remèdes susceptibles de la traiter (médecine traditionnelle (droit positif?) ou alternative (ordre juridique *bis* ?)).

---

<sup>4</sup> Sur la notion d'effectivité, v. ROCHER, Guy, « L'effectivité du droit », in LAJOIE, Andrée, ed., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis/Bruylant, Paris/Bruxelles, 1998, aux pp. 135-149.

<sup>5</sup> Au cours des cinq ou six dernières années, la lecture de centaines, sinon de milliers, d'ententes entre partenaires fédéraux et la réalisation de plus d'une centaine d'entrevues semi-dirigées m'ont conduite à ce constat.

<sup>6</sup> Je trouve une certaine consolation dans ce cheminement, qui me permet d'échapper à la catégorie des « théoriciens » qu'Étienne Le Roy qualifie de « terroristes de l'explication a priori » : LE ROY, Étienne, « Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », in LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, *Les pluralismes juridiques*, Paris, ed. Karthala, 2003, pp. 7-17, p. 8.

## I. LES SYMPTÔMES : QUAND L'ACTIVITÉ CONTRACTUELLE DES PARTENAIRES DE LA FÉDÉRATION ÉCHAPPE AU DROIT POSITIF

Il est impossible, dans le cadre de ce texte, de rendre compte de l'hétérogénéité du rapport qu'entretient le droit constitutionnel et administratif positif avec les diverses ententes conclues par les partenaires fédéraux<sup>7</sup>. En général, le cadre normatif manque de continuité et de clarté à l'intérieur même d'un État. Si l'on prend la pratique dans diverses fédérations de manière plus globale, il est difficile de dégager des constats universels.

Cela dit, et sans minimiser l'importance de la contextualisation, quelques observations peuvent cadrer la présente réflexion :

1. Le phénomène des ententes conclues entre l'exécutif fédéral et les exécutifs des entités fédérées (ou entre ces derniers) se retrouve dans tous les régimes fédéraux. La pratique semble d'ailleurs aller en s'accroissant.
2. Cette pratique varie énormément, selon les domaines et en fonction de la répartition des compétences propre à chaque État fédéral.
3. Avec des intensités variables, les EIG remplissent des fonctions similaires dans divers États fédéraux. En premier lieu, l'on constate des fonctions « explicites » qui comprennent la coordination d'action publique par des titulaires de compétences matérielles distinctes mais connexes (« qui fait quoi ? »), mais également des fonctions de coordination procédurale (« comment on le fait ? ») et de création d'organes conjoints (« dans quel forum ? »).
4. Les ententes remplissent également bon nombre de fonctions implicites ou latentes. Celles-ci sont davantage problématiques, puisqu'elles ont pour effet de réaménager – souvent de manière insidieuse - l'exercice de la répartition des compétences en marge des règles constitutionnelles formelles. Instruments souples d'ingénierie constitutionnelle, les EIG permettent aux partenaires fédéraux de faire indirectement

---

<sup>7</sup> Pour l'analyse du droit positif et de la pratique des EIG dans différentes fédérations, je me permets de renvoyer à des études antérieures : POIRIER, Johanne, « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation : Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », *Numéro spécial de la Revue de droit de l'ULB*, vol. 33, 2006-1, pp. 261-314 [ci-après « **POIRIER, 2006** »] ; POIRIER, Johanne, « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », in GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François, GÉLINAS, Fabien, *Le fédéralisme dans tous ses états: Gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Carswell/Bruylant, Montréal/Bruxelles, 2005, pp. 441-474 [ci-après « **POIRIER, 2005** »] ; POIRIER, Johanne, « Intergovernmental Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », in Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University : *The State of the Federation 2001-2002*, McGill-Queen's University Press, Kingston/Montréal, 2003, pp. 425-462 [ci-après « **POIRIER, 2003a** »] ; POIRIER, Johanne, « Le rôle des accords de coopération dans le processus de réformes institutionnelles : instruments d'exécution ou d'ingénierie constitutionnelle ? », in *Les Accords du Lambermont: approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage ?*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 63-119 [ci-après « **POIRIER, 2003b** »] ; POIRIER, Johanne, *Keeping Promises in Federal Systems: the Legal Status of Intergovernmental Agreements with Special Reference to Belgium and Canada*, Dissertation doctorale, Université de Cambridge, 2003, à paraître chez Peter Lang, fin 2007 ; [ci-après « **POIRIER, 2003c** »].

(et de manière apparemment consensuelle) ce qu'ils ne peuvent parfois pas faire directement<sup>8</sup>.

5. En dépit de cette convergence de fonctions, on observe une apparente divergence de statut juridique. En effet, dans certains États fédéraux, il existe une présomption que les EIG constituent des instruments de nature juridique, alors que la présomption inverse (ce sont des instruments politiques jusqu'à preuve du contraire) prévaut dans d'autres régimes fédéraux.
6. Le droit officiel de plusieurs États fédéraux ignore quasi-entièrement la pratique des EIG. Les maigres jurisprudence et doctrine qui s'y intéressent doivent s'abreuver, par analogie, dans le droit des contrats de l'administration, des traités, des contrats de droit privé, du droit administratif et du droit constitutionnel général. La plupart du temps, les publicistes ne s'intéressent simplement pas à cette question.
7. Par contre, certaines fédérations se sont dotées de règles constitutionnelles ou législatives spécifiques relatives à ces pratiques « coopératives ». Ces normes règlent de manière plus ou moins importante un certain nombre d'aspects de l'intersection des ententes avec le droit positif. Mais à ma connaissance, aucune fédération ne dispose d'un arsenal complet de règles applicables aux EIG. Des zones d'ombre persistent toujours.
8. Le statut juridique des ententes doit s'apprécier sous trois angles distincts : celui du caractère contraignant entre les partenaires fédéraux (essentiellement les exécutifs); celui de l'impact de ces rapports « contractuels » sur les tiers (peut-on générer du droit « objectif » par ce biais? Et si oui, de quelle manière?) et enfin, sous l'angle de la hiérarchie des normes. Il n'est pas impossible que la gravité de la « maladie » dont souffre le droit public face au phénomène des EIG diffère en fonction de ces angles d'approche.
9. Il n'existe pas de frontière étanche permettant de départager les ententes qui lient leurs signataires en droit positif et celles qui ne les lieraient que dans un autre registre (moral, politique). Le paradigme est davantage celui de « l'échelle de contractualité », des faisceaux d'indices permettant de situer une entente particulière le long de cette échelle.
10. Ces indices permettent notamment d'identifier l'intention des parties d'inscrire ou non leur rapport dans le registre juridique « officiel ». Une entente disposant expressément qu'elle « ne lie pas en droit » est évidemment intéressante pour l'hypothèse d'un registre normatif parallèle. Ce type de formulation n'est pas fréquent. Mais il n'est pas – loin s'en faut – l'unique moyen utilisé par les exécutifs au sein de régimes fédéraux pour tenter de soustraire leurs accords du registre juridique « officiel ».
11. Le recours par les parties aux modes alternatifs de règlement des différends, est également fréquent (à des degrés divers, selon les fédérations)<sup>9</sup>. Ce choix est

---

<sup>8</sup> On pense notamment au recours au « pouvoir de dépenser », dont les ententes sont les instruments par excellence, et qui permettent à un partenaire fédéral de financer des initiatives qui ne relèvent pas de ses compétences constitutionnelles. Le degré de tolérance du droit public de chaque fédération face à ce type d'intrusion varie grandement, mais l'impact « para-constitutionnel » est indéniable. Pour la Belgique, v. : par ex. L'accord de coopération relatif à la SNCB ou celles sur les « politiques croisées », POIRIER, 2006, *op.cit.*, note 6, pp. 277-278. Pour le Canada, v. POIRIER, 2003a, *op. cit.*, note 6, aux pp. 451 ss.

<sup>9</sup> A titre d'exemple, 240 sur 880 ententes répertoriées au Canada comportaient des clauses de règlement des différends, moins d'une dizaine renvoyant à des organes judiciaires.

également pertinent pour l'hypothèse d'un « droit hors du droit positif ». Le recours à de tels modes alternatifs n'exclut pas nécessairement la compétence des organes judiciaires officiels, mais tend vers une classification de l'entente dans un registre autre que le registre juridique « officiel ».

12. A titre d'exemple, les élusives « juridictions de coopération » belges, dotées d'un cadre législatif sophistiqué mais jamais mises sur pied sont d'un caractère réellement ambigu de ce point de vue<sup>10</sup>. Il est clair que pour certains des architectes des accords de coopération insérés dans l'ordre juridique belge en 1988-89, ces instances ne seraient jamais effectives, et ne visaient qu'à rassurer ceux qui craignaient que les accords n'échappent au droit... Par ailleurs, de nombreux accords facultatifs prévoient d'autres types de forum (ni « juridiction de coopération », ni autre forum judiciaire) pour résoudre les différends<sup>11</sup>.
13. La localisation d'une entente sur cette échelle (allant du clairement contraignant en droit positif au « politique pur », en passant par toutes les zones intermédiaires et remplies d'incertitudes) différera d'un État fédéral à l'autre en fonction de la clarté et de la complétude des règles de droit positif applicables à ces ententes. Des règles constitutionnelles ou législatives encadrant les relations « contractuelles » entre partenaires de la fédération auront pour effet non seulement de conférer un statut juridique clair aux ententes qui s'y conformeront, mais également de créer l'impression que même les autres sont de nature juridique<sup>12</sup>.
14. En règle générale, les ententes ne peuvent officiellement créer des obligations pour les tiers sans l'intervention – sous une forme ou l'autre – d'une norme plus classique (et unilatérale !) de droit public. Il s'agit de normes législatives d'assentiment ou de normes législatives « incorporant » les termes de l'accord<sup>13</sup>. On notera, cependant, que ces formalités ne sont pas toujours respectées. Ainsi, en Belgique, de nombreux accords de coopération dont l'effectivité est indéniable n'ont pas reçu de tels assentiments<sup>14</sup>. Au Canada, le processus d'incorporation est excessivement rare. Or, les EIG se comptent par centaines, et sont, encore une fois, d'une effectivité extrêmement importante.
15. Dans certains cas, une entente sera appliquée avant même son entrée en vigueur. Parfois on ne saura même pas si elle est en vigueur tant les règles à cet égard sont floues. Des ententes non-signées, voire des déclarations unilatérales reprenant un accord verbal régissent parfois les comportements des partenaires fédéraux.

<sup>10</sup> Sur toute la question de ces juridictions et sur la possibilité de recourir à d'autres modes « judiciaires » de résolution de différends relatifs à l'interprétation ou l'exécution de ces accords, v. POIRIER, 2006, pp. 302 ss.

<sup>11</sup> Ainsi, les *Principes législatives en matière d'accords de coopération* adoptés en 1999 reconnaissent la légitimité de recourir à d'autres modes de résolutions de conflits relatifs à l'interprétation ou l'exécution de ces accords.

<sup>12</sup> Le constat rejoint celui de MOCKLE, dans sa contribution au Thème 3 dans le cadre de la présente recherche : MOCKLE, Daniel, « Efficacité et déjudiciarisation de l'action administrative », avril 2007 : sur [http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme\\_3/contributions/MOCKLE-3-20070425.pdf](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_3/contributions/MOCKLE-3-20070425.pdf) (date d'accès 30 avril 2007); v. aussi : MOCKLE, Daniel, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 Cahiers de droit 143-210. L'auteur y constate que dans son action administrative, l'État a recours à des instruments non-juridiques (par apparent souci d'efficacité) mais sans toutefois sortir du cadre de la primauté du droit. Un cadre législatif, avalisant des pratiques non-justiciables, serait rassurant pour la population. La stratégie est astucieuse.

<sup>13</sup> Selon que la fédération aura un caractère essentiellement « moniste » ou « dualiste ».

<sup>14</sup> Et ce, en contradiction claire des termes de l'article 92 *bis* de la Loi spéciale du 8 août 1980.

16. La place qu'occupent les ententes dans la hiérarchie des normes varie d'un État fédéral à l'autre. Certaines fédérations privilégient apparemment le « droit négocié », alors que le droit positif d'autres systèmes fédéraux privilégie la norme unilatérale de chacun des parties, ce qui permet – en théorie – une dérogation ultérieure et unilatérale à un accord dûment conclu. La culture juridique dominante joue un rôle dans l'appréhension des EIG par le droit public des différentes fédérations.
17. Par ailleurs, des ententes qui contreviennent à la hiérarchie des normes, ou qu'il est à peu près impossible de situer dans une telle hiérarchie tant l'imbrication avec d'autres types de normes est importante, ont également une effectivité indéniable, et cela, y compris dans les fédérations « continentales ». En principe, de telles ententes (ou les normes les intégrant dans l'ordre juridique positif) peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire ou de constitutionnalité. Mais ces contrôles sont excessivement rares dans certaines fédérations.
18. Le contrôle est moins marginal dans d'autres régimes fédéraux, quoique l'arbitre constitutionnel aura très souvent tendance à jeter un œil bienveillant sur les arrangements coopératifs mis en place par les partenaires d'une fédération et à tolérer des « petits arrangements » avec la prétendue pyramide....<sup>15</sup>
19. Officiellement, le droit public refuse de reconnaître un caractère contraignant aux ententes conclues par les organes exécutifs et dont le contenu lierait les législateurs (une entente pour légiférer dans un certain sens serait invalide)<sup>16</sup>. Or, de telles ententes existent indubitablement<sup>17</sup>. Encore une fois, hormis l'hypothèse d'une invalidation par une cour constitutionnelle ou un autre organe judiciaire ou quasi-judiciaire, ces ententes sont également respectées par les signataires, et appliquées par les fonctionnaires.

En somme, même si elles ne rencontrent pas les critères permettant de les qualifier de réels « contrats », même lorsqu'elles contreviennent à la hiérarchie des normes, même lorsqu'elles modifient de manière implicite – et inconstitutionnelle – l'exercice de la répartition des compétences, il appert que les ententes sont quasi immanquablement respectées par les acteurs.

Cela dit, il est important de souligner que les dérogations au droit positif ne sont pas systématiques. De plus, le degré d'hérésie par rapport aux normes officielles varie assurément d'une fédération à l'autre, et probablement selon les périodes. Ainsi, en Belgique, bon nombre d'accords de coopération respectent les règles de répartition des compétences et les règles prévues dans une loi adoptée à une majorité surqualifiée<sup>18</sup>. Par ailleurs, malgré une grande tolérance pour les aménagements coopératifs, certaines dérogations sont à l'occasion sanctionnées par le Conseil d'État et, de manière plus timide, par la Cour d'arbitrage.

---

<sup>15</sup> Ainsi, si la section de législation du Conseil d'État belge est pointilleuse en ce qui a trait aux accords de coopération dans son contrôle *a priori*, ce n'est pas le cas de la Cour d'arbitrage dans son contrôle *a posteriori*. Quant à la section d'administration du Conseil d'État, elle fait montre d'une sorte de valse-hésitation notant parfois, mais pas systématiquement, les contraventions à l'article 92 *bis*.

<sup>16</sup> En principe, les exécutifs ne peuvent lier leur « liberté d'initiative » d'une manière qui les empêcherait d'agir dans l'intérêt général. En droit positif, cette interdiction s'applique aux EIG au Canada (et empêcherait donc une caractérisation de ces ententes comme étant contraignantes en droit). En Belgique, l'application de ce principe aux accords de coopération est incertaine.

<sup>17</sup> Pour un contrôle indirect d'un tel accord (n'ayant pourtant pas fait l'objet d'un assentiment législatif) : v. : Cour d'arbitrage, 145/2004 du 15 septembre 2004.

<sup>18</sup> V. art. 92 *bis* de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (M.B. 15.08.1980).

Ce qui semble indiscutable, c'est qu'une pratique souvent abondante s'inscrit en marge, sinon en contradiction, avec le droit positif. Ainsi, toujours en Belgique, des ententes qui nécessitent des assentiments législatifs ne sont pas soumis aux parlements. De même, on note une pratique grandissante en vertu de laquelle les exécutifs adoptent des « protocoles » et autres formes d'accords, tentant de ce fait d'éviter les règles formelles normalement applicables à la conclusion de ces ententes. Au Canada ou en Australie, où aucune norme législative ou constitutionnelle ne règle expressément le sort des ententes entre partenaires fédéraux, le statut juridique « officiel » des EIG, peu importe leur nomenclature, est incertain.

Et pourtant, de telles pratiques n'engendrent pas de pagaille au sein des régimes fédéraux. Autrement dit, en dépit de leur conformité ou de leur contravention avec les règles de droit positif, les accords conclus entre partenaires fédéraux ont une effectivité équipollente – voire supérieure – à certaines normes du droit positif<sup>19</sup>. Ainsi, non seulement le droit positif ne parviendrait-il pas à capturer la pratique des EIG (et dans certaines fédérations encore moins que dans certaines autres), mais même les règles existantes sont fréquemment déjouées.

Mais alors, qu'est-ce donc que cette étrange maladie dont est affligé le droit public des régimes fédéraux ?

## II. LE DIAGNOSTIC : S'agirait-il d'une manifestation de pluralisme juridique entre composantes de l'État ?

L'hypothèse qu'explore la présente note est que l'autorité fédérale et les entités fédérées peuvent dans certains cas inscrire leurs relations de facture contractuelle en marge – voire en contradiction – du droit « officiel », sans toutefois sortir du registre juridique. Ou, pour le dire encore autrement, lorsque les ententes conclues entre partenaires fédéraux ne concordent pas avec le droit officiel, ou sont simplement ignorées par celui-ci, sont-elles « orphelines » du droit ?

Pour la doctrine positiviste, les EIG qui contreviennent au droit officiel sombrent dans un « *no-man's land* » normatif... Or, affirmer simplement qu'il s'agit de « non-droit », ou de « pré-droit » semble insatisfaisant. La première désignation repose sur une vision binaire, manichéenne du droit. C'est du droit (si conforme au droit étatique), ce n'en est pas (si non-conforme, ou alors c'est dans le registre juridique, mais illégal ou inconstitutionnel parce que ne rencontrant pas les dogmes du droit positif). Or, la métaphore du « on-off » sous-estime la réelle normativité des ententes.

Quant à la seconde, le « pré-droit », elle renvoie vaguement à une antichambre... : ce n'est pas *encore* du droit. Avec un peu de sophistication et de temps, ça le deviendra. Cette prétention de juristes ne convainc pas non plus<sup>20</sup>. En effet, rien n'indique une quelconque intention des exécutifs de systématiquement situer leurs relations contractuelles dans le registre juridique « officiel ».

En fait, dans bien des cas, les stratagèmes pour échapper à ce droit positif sont évidents. Cela ne signifie pas que la volonté des exécutifs soit souveraine et que les parlementaires, les juges, voire les constituants ne peuvent décider de forcer la main du droit positif dans ce contexte. Il est possible qu'eu égard aux tiers, le droit administratif puisse

<sup>19</sup> ROCHER, *op. cit.*, note 3, p. 135.

<sup>20</sup> Bien que l'on verra, dans la conclusion de la présente note, mon inconfort face à l'exclusion de bon nombre de pratiques intergouvernementales de la sphère du droit positif, officiel. Et ceci, en raison des contrôles que ce dernier permet sur les actes des autorités publiques.

rattraper – du moins en partie – ces pratiques peu conformes au droit positif, afin de protéger les administrés<sup>21</sup>. Mais même dans cette hypothèse, il y a fort à parier qu'il subsisterait une zone échappant au droit positif.

Ou peut-on concevoir qu'un autre ordre normatif « juridique » puisse « prendre le relais » du droit positif étatique ? L'idée semble, *a priori*, saugrenue. En effet, dans un « État de droit », l'État ne peut se situer en marge du Droit (avec une majuscule), sous peine de sanction. Dans cette perspective, une entente conclue en violation des règles de droit positif s'inscrit toujours dans le registre juridique (positif), mais est dépourvue de légalité, et dès lors, d'effets. Elle est invalide ou inconstitutionnelle. Formellement, elle doit être sans effet. Une tentative d'appliquer l'une des nombreuses théories du pluralisme juridique dans ce contexte constituerait non seulement une « vue de l'esprit » mais, en plus, semblerait contrecarrer les avancées de l'État de droit.

La démarche suivie relève essentiellement de l'approche socio-juridique. Je perçois cette éventuelle qualification sous l'angle de la description et de la démythification. Mes recherches empiriques démontrent que même dépourvues de force contraignante *inter partes* ou *erga omnes* en droit positif officiel, les ententes entre partenaires fédéraux ont un degré d'effectivité extrêmement élevé. Elles sont traitées comme de véritables règles de droit, surtout par l'administration<sup>22</sup>. On les respecte *comme si c'était du droit (positif)*...

En fait, un véritable ordre normatif, systématique, relativement formel et répondant à une certaine logique semble opérer<sup>23</sup>. Cet ordre normatif, résiste apparemment aux aléas de la politique (changement de gouvernement, de majorités, etc.). Qualifier ces EIG de simplement « politiques », de « non-juridiques » ou de « pré-juridiques » minimise – à mon avis – la réalité et la puissance de la normativité qui régit cette pratique étatique « hors du droit (positif) ».

Il n'existe pas définition univoque du pluralisme juridique : les théories et les nuances varient, au gré des époques, de la formation de l'analyste (juriste, sociologue, anthropologue), au gré aussi des idéologies (marxistes, libertaires, néo-libérales, féministes, etc...). De plus, il existe clairement des gradations dans les conceptions du pluralisme juridique.

Pour schématiser, on repère trois courants parmi la panoplie de théories du pluralisme juridique : une plus classique, « soft » ou « faible » ; une plus radicale ou « hard » et une intermédiaire. Toutes admettent - apparemment - la « co-existence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »<sup>24</sup>. Elles se distinguent essentiellement par la place que chacune réserve à l'État ou à des agents disposant d'une forme d'autorité s'assimilant à celle de l'État. Une quatrième déclinaison du pluralisme juridique sera également brièvement abordée ici, celle de la « para-légalité » qui – pour l'essentiel – constate l'intégration partielle dans l'ordre juridique de l'État de normes inconstitutionnelles.

<sup>21</sup> Dans un processus similaire à la requalification de notes internes en directives susceptibles d'un contrôle de légalité : v. HOULE, France, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.

<sup>22</sup> Voir même par des juristes œuvrant pour l'État : ainsi, une EIG canadienne était considérée comme contraignante en droit positif par certains juristes œuvrant au sein du Ministère de la Justice, et non par leurs collègues travaillant dans une autre section du même ministère !

<sup>23</sup> Un parallèle avec le droit international public, véritable ordre juridique, mais au sein duquel la violation des normes est (très) souvent dépourvue de sanction offre sans doute une base de comparaison intéressante ici.

<sup>24</sup> ARNAUD, A.-J., dir., « Pluralisme juridique » in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> ed., 1993, pp. 443-449 (définition de Jean-Guy BELLEY).

## II.1 La variante « faible »

La première acception du pluralisme juridique le réduit à « l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »<sup>25</sup>. En réalité, cette notion correspond davantage au caractère pluraliste du droit étatique. C'est le cas, par exemple, de la reconnaissance, par l'État, de règles différentes réglant le statut personnel des citoyens, en fonction notamment de leur religion, ou la co-existence de règles distinctes applicables aux « indigènes » et aux « colons » dans un système colonial.

Dans « sa » vision du droit, l'État délègue en quelque sorte, une part de la production normative à d'autres institutions (les communautés religieuses au Liban ou les ordres professionnels, par exemple). Cette reconnaissance « vue d'en haut » repose toujours sur une conception hiérarchisée, qui ne correspond pas nécessairement à la conception qu'ont les producteurs de ces autres régimes normatifs ou les destinataires de ces normes parallèles. Les communautés religieuses peuvent concevoir qu'elles délèguent une forme de pouvoir normatif à l'État (ou ce qu'il en reste) dans la mesure où on leur laisse une bonne marge d'autonomie<sup>26</sup>.

En quoi un régime normatif peut-il être qualifié de « juridique » selon cette acception « faible » ? Pour Guy Rocher, un ordre juridique constitue un système comportant un ensemble cohérent de règles – des normes contraignantes – dont la violation est sanctionnée<sup>27</sup>. De plus, ce « droit » sera élaboré par des agents spécialisés : il ne peut simplement s'agir de normes inférées, peu formalisées, diffuses<sup>28</sup>.

Les ententes sont conclues par les exécutifs, qui représentent des agents étatiques par excellence. Toutefois, pour qualifier le produit de leurs relations d'apparence contractuelle de « juridiques », encore faut-il qu'elles soient régies par des règles structurées dont la violation serait sanctionnée.

Mes recherches empiriques ne visaient pas spécifiquement à tester l'existence de cet ordre juridique parallèle (règles relatives à la conclusion, à l'interprétation, les critères de validité, les éventuelles sanctions, etc.) de manière détaillée. Mais mon intuition est que le degré très élevé d'effectivité de ces EIG, peu importe leur statut juridique, répond à des impératifs et à des modes de fonctionnement structurés. Ce n'est ni du hasard, ni de l'improvisation.

Cela dit, il est probable que la pratique, et les motivations qui la sous-tendent, ne soient pas uniformes. Ainsi, il y a fort à parier que la relation entre le droit « officiel » et « non-officiel » diffère selon le type d'ententes. Certaines sont véritablement « structurantes » au sein d'un État fédéral, d'autres sont des expressions d'intention de bon voisinage, d'autres, enfin, ressemblent indéniablement à des contrats civils... La force contraignante de ces ententes, et les éventuelles sanctions que pourraient entraîner leur violation sont potentiellement différentes. Le sens de l'obligation des signataires divergerait alors également.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Similairement, les autochtones ne conçoivent pas que l'État canadien leur « délègue » un quelconque pouvoir normatif. Leur capacité d'adopter des normes de vie commune, du « droit », y compris du droit pénal ou civil, est un droit inhérent que les Blancs ont nié ou manipulé pendant des siècles, mais qui n'en est pas pour autant subordonné au droit « réel » des non-autochtones avec lesquels les autochtones sont « condamnés » à partager le territoire.

<sup>27</sup> ROCHER, Guy, « Pour une sociologie des ordres juridiques », [1998] 29 *C. de D.* 91, p. 106.

<sup>28</sup> V. aussi: GRIFFITHS, John, « What is Legal Pluralism », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1986; discuté par Le ROY, *op. cit.*, note 3, p. 14.

De même, il est possible que l'éventuel « droit parallèle » diffère d'une fédération à l'autre, en fonction notamment de la complétude du droit « officiel » applicable aux ententes entre composantes de cette fédération. Ainsi, en l'absence d'un régime législatif ou constitutionnel clair relatif à cette très vaste pratique en Australie ou au Canada, on pourrait émettre l'hypothèse que des règles « implicites » les régissent, règles plus largement formalisées dans le droit étatique en Belgique.

En somme, il semblerait que cette conception minimaliste du « pluralisme juridique » puisse capturer la pratique relative à certaines EIG qui s'inscrivent en marge du droit positif. Des études empiriques plus spécifiques sont néanmoins nécessaires afin d'identifier l'ampleur et la nature de la pratique *in concreto*, avant de déterminer si toute la pratique « non-officielle » des composantes d'un État fédéral donné peut être inscrite dans ce registre « non-officiel », mais néanmoins « juridique ».

Se pose alors la difficulté de concevoir le rôle de l'État comme à la fois générateur de « droit hors du droit » et comme détenteur d'une forme de tutelle sur les ordres juridiques « parallèles ». J'y reviendrai.

## II.2 La variante « radicale »

L'une des thèses les plus radicales du pluralisme juridique est avancée par Roderick Macdonald. Elle se décline en deux volets. D'une part, pour cet auteur, toute communauté est dotée de « normes implicites et inférentielles » qui régulent les relations au sein du groupe et qui sont les réelles sources de normativité<sup>29</sup>. Par « inférentielles », l'auteur renvoie essentiellement aux normes inférées, non-formalisées, par opposition à des normes explicites. Macdonald admet que des normes implicites et inférentielles puissent devenir explicitées (par le biais de la législation, par exemple). Mais c'est leur normativité implicite de départ – et non pas leur formalisation – qui leur confère un statut juridique, une normativité réelle.

Ainsi, dans cette acception nettement plus drastique, tout ordre normatif régulant *effectivement* une société donnée, sera qualifié d'ordre juridique. Ainsi, les normes « non-étatiques » ne sont pas « non-juridiques » ou « préjuridiques », mais de « l'autrement juridique » ou du « tout autant juridique »<sup>30</sup>.

D'autre part, la thèse radicale positionne l'individu au centre du phénomène de pluralisme juridique. Ainsi, après avoir diffusé la première conception du pluralisme juridique (la conception « faible » décrite ci-dessus), Jacques Vanderlinden va, à compter des années 1990, également défendre une thèse qui sera qualifiée « d'individualisme idéologique ». Avec Macdonald, il place l'individu au centre de la conception du droit. L'individu peut être assujéti à plusieurs droits, participer à leur élaboration, voire choisir entre différents ordres juridiques concurrents<sup>31</sup>. Les individus sont générateurs de normativité, des créateurs de droits :

<sup>29</sup> MACDONALD, Roderick, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18 *Sociologie et Sociétés*, pp. 47-58.

Vanderlinden, dans ses écrits plus récents affirme ses affinités avec cette thèse : « Trente ans ... », *op cit.*, note 1, p. 32.

<sup>30</sup> Ces deux dernières expressions étant de moi.

<sup>31</sup> L'hypothèse reprise dans la note de base du Thème 1, soit celle du travailleur social assujéti à des règles relevant du législateur fédéral, du législateur communautaire, de son ordre professionnel etc. repose sur cette conception.

« [L]e pluralisme constate la très fréquente [...] insertion de l'individu dans de multiples sociétés et donc dans de multiples ordres juridiques à l'élaboration, au développement et à la mise en œuvre desquels il participe dans des mesures et à des titres divers. [...] Pareille conception a nécessairement pour corollaire qu'à toute situation conflictuelle donnée, il n'y a pas qu'une, mais bien des solutions. »<sup>32</sup>

En somme, si pluralisme il y a, il se situera au niveau de l'individu, qui devient le point de convergence de plusieurs systèmes juridiques, dans une acception du droit qui ne relève plus uniquement de l'État<sup>33</sup>. Le droit officiel n'est qu'un droit parmi d'autres. Cette approche a évidemment l'avantage de faire descendre le droit étatique de son piédestal formel, face à d'autres cadres normatifs qui peuvent être tout aussi effectifs que le droit étatique, voire davantage. L'État perd non seulement son monopole normatif, mais même sa pré-éminence. Vanderlinden souligne ainsi le « décalage susceptible d'exister entre droit vivant et droit officiel (faut-il dire le droit mort?) »<sup>34</sup>.

Toutefois, dans le contexte qui nous occupe, cette approche suscite certaines interrogations.

Le premier volet de cette thèse, en vertu duquel toute norme implicite et inférentielle est d'ordre juridique, dilue singulièrement le sens du mot « droit ». Les critères du « juridique » deviennent franchement flous. Au point même où Vanderlinden, qui partage par ailleurs largement l'analyse de Macdonald, met une majuscule au droit officiel. Non sans ironie, il le désigne ainsi comme le « Droit »<sup>35</sup>. Convaincu qu'un individu peut participer et être assujéti à plusieurs ordres normatifs de manière simultanée, Vanderlinden n'en exprime pas moins un malaise face à la signification même du terme « juridique » dans ce contexte.

« Reste bien entendu le problème de savoir quand un ordre normatif devient juridique pour qu'on puisse parler de pluralisme **juridique** et pas, ce qui serait banal à pleurer d'un simple pluralisme des normes ». Sur ce chemin là j'avance toujours et [...] je confesse que je ne suis nulle part [...] »<sup>36</sup>.

Ou encore,

« [c]omment identifier le juridique dès lors qu'on abandonne le principe qu'il est, par essence, lié à l'État? C'est tout le problème de la définition du droit et du danger de s'engager sur la pente savonneuse de l'élargissement de celle-ci qui est ainsi posé. »<sup>37</sup>

En effet, il me semble que d'affubler de l'adjectif « juridique » tout ordre normatif ne fait que déplacer une partie du problème. Il est vrai que l'ordre normatif découlant des actes formels des institutions étatiques n'incorpore plus l'entièreté « du droit », y compris le droit

<sup>32</sup> VANDERLINDEN, Jacques, « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? », in LEVRAT, Nicolas, dir., *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 665-675, à la p. 667.

<sup>33</sup> « Trente ans ... », *op cit.*, note 1, p. 32.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>35</sup> A la lecture, on se demande si en dépit de l'évolution de sa pensée et de ses multiples périples intellectuels internationaux depuis près de cinq décennies, Vanderlinden ne reste pas marqué du sceau du positivisme juridique qui caractérisait nécessairement sa formation juridique en Belgique. Il semble admettre qu'il commet un sacrilège en exposant une thèse qui peut conduire à croire que toute forme de règles de comportement structurée constitue du droit...

<sup>36</sup> VANDERLINDEN, « Trente ans ... », *op cit.*, note 1, p. 32 (caractères gras dans l'original).

<sup>37</sup> VANDERLINDEN, «L'utopie pluraliste...», *op. cit.*, note 30, p. 669.

public. Néanmoins, ce droit étatique « officiel » continue d'exister, en dépit de la perte de son monopole comme source de normativité, ou de sa prétendue supériorité normative par rapport à d'autres ordres normatifs. Pour le désigner, l'on parlera alors de « droit étatique ». Ce qui importe, me semble-t-il, ce n'est pas de prétendre que tout régime normatif générateur d'effectivité constitue un ordre « juridique », mais de souligner que le droit étatique (ou, pour les positivistes puristes, le droit « tout court ») n'est pas l'unique, la principale, ou la plus importante source de normativité au sein d'une entité sociale ou politique. Qu'on appelle ces ordres parallèles « juridiques » ou non, n'est pas, dans ce contexte, fondamental et peut même être source de confusion.

Le second volet de cette thèse radicale place l'individu au centre du phénomène du pluralisme juridique. Il suscite alors forcément une interrogation sur le rôle de l'État, *de la perspective de l'État*. En effet, l'absence de hiérarchie entre le droit étatique et les autres ordres juridiques auxquels adhère un individu (ou qui s'appliquent à lui) ne vaut que de la perspective de l'individu, qui peut choisir son ordre normatif (« juridique » si l'on veut) et subir les conséquences d'éventuelles contraventions à d'autres ordres juridiques. La situation se présente différemment de la perspective de l'État, dans le chef duquel ces autres registres normatifs, qu'ils soient considérés comme « juridiques » ou non, lui sont de toute façon, subordonnés<sup>38</sup>.

Dans ses écrits plus récents, Vanderlinden conteste d'ailleurs qu'un ordre normatif subordonné à l'État (tel le droit « coutumier » reconnu et appliqué à l'époque coloniale) puisse être qualifié de juridique. En somme, un pluralisme contrôlé par l'État n'est pas un réel pluralisme<sup>39</sup>. En réalité, pour le Vanderlinden « nouveau », un système donné ne peut comporter plusieurs droits. Une société n'admettra un autre ordre juridique en son sein « que sous condition de conformité à son ordre public »<sup>40</sup>. La reconnaissance de cet « autre droit » conduira à son absorption. Il en perdra son autonomie.

En somme, il n'y a de pluralisme que de la perspective des individus. Pour le reste, on est « au mieux » dans une vision très atténuée du pluralisme juridique faible. Les « ordres normatifs » je dirais « collectifs » ne peuvent co-exister sur un pied d'égalité avec l'État, puisque ce dernier les soumet au test de la « conformité avec son droit public ». L'État conserve ainsi sa tutelle (exercée ou non) sur ces ordres « juridiques alternatifs ».

Mais comment appréhender le problème qui nous occupe, alors ? Tentons de remplacer « individu » par l'État ou ses composantes dans la citation reprise au début de cette sous-section :

« [L]e pluralisme constate la très fréquente [...] insertion de [l'État ou de ses composantes] dans de multiples ordres juridiques à l'élaboration, au développement et à la mise en œuvre desquels il participe dans des mesures et à des titres divers. [...] Pareille conception a nécessairement pour corollaire qu'à toute situation conflictuelle donnée, il n'y a pas qu'une, mais bien des solutions. »<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Ainsi, un Belge musulman pourrait théoriquement contracter plusieurs mariages, en conformité avec un ordre « juridique » musulman. Mais, si ces mariages sont célébrés en Belgique, seul le premier sera valide « en droit positif ». La Belgique peut donner effet à des mariages polygames contractés valablement à l'étranger, mais n'admet pas leur célébration sur le territoire belge. Il y aurait contravention au droit civil et au droit pénal.

<sup>39</sup> VANDERLINDEN, « Trente ans ... », *op. cit.*, note 1, p. 29.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>41</sup> VANDERLINDEN, « L'utopie pluraliste... », *op. cit.*, note 30, p.667.

Façon Vanderlinden, la hiérarchie entre le droit officiel et le droit « alternatif » demeure, sauf de la perspective de l'individu. Mais où se situe l'État lorsqu'il est à la fois le défenseur du droit officiel et le créateur d'un droit alternatif qui y déroge ?

Si le seul critère du « droit », selon MacDonald est celui d'un corps de normes suivies par une société ou un groupe particulier, de manière « implicite et inférentielle », qu'en est-il lorsque les « créateurs de ce droit » (et l'un des destinataires) sont des composantes de l'État ? Peut-on également affirmer que seules les normes implicites et inférentielles sont sources de droit ? Dans le cadre qui nous occupe, le résultat serait copernicien (et dès lors « radical » à plus d'un sens).

En effet, on constate que les exécutifs d'un État choisissent de situer certaines, voire parfois l'immense majorité, de leurs relations « contractuelles » hors du droit positif, *tout en les considérant comme sources d'obligations*. Selon la thèse de Macdonald, seules les ententes dont le respect est assuré par le truchement de normes implicites (et non pas du droit positif, sauf si celui-ci traduit ces normes implicites), constitueraient du droit. Pour caricaturer, seul le « droit informel » de l'État serait du droit, les normes de droit positif n'étant pas nécessairement ... juridiques.

Cela dit, l'avantage de cette définition du droit est que, par définition, l'implicite et l'inférentiel ne se démontrent pas : on ne peut qu'en constater les effets. Dans ce contexte, nous n'aurions plus vraiment à comprendre les motivations des partenaires d'une fédération qui respectent leurs ententes en marge du droit positif. La simple effectivité suffirait...

### II.3 La variante « intermédiaire »

La conception du pluralisme juridique de Jean-Guy Belley se situe entre les thèses faible et radicale. Belley n'adhère pas à la conception étendue, voire quasi-illimitée, du droit préconisée par Macdonald. Pour Belley, le pluralisme juridique ne se dessine pas autour des individus, mais par la structuration de règles élaborées par des agents ou des organisations « détenteurs de pouvoir ou de l'autorité ». La production juridique n'est pas réservée aux agents étatiques, mais elle n'est pas diffuse non plus<sup>42</sup>.

Dans cette perspective, un ordre normatif « non-étatique » pourra être qualifié de « juridique » si ce sont des agents disposant d'une autorité au sein de la société, du groupe, etc. qui déterminent les normes : des « acteurs de poids »<sup>43</sup>. Le « droit » parallèle doit être relativement structuré et formalisé mais il ne doit pas nécessairement suivre les méthodes de l'État. Le focus n'est plus sur l'individu, mais sur l'organisation.

Les EIG sont évidemment conclues par des agents de l'État, doté d'une indéniable autorité<sup>44</sup>. Ce sont les exécutifs qui – par hypothèse – élaborent et s'assujettissent eux-mêmes à un « droit étatique *bis* ». Leur intervention, même en marge du droit positif, pourrait ainsi qualifier le registre qu'ils génèrent par leurs actes consensuels, de « juridique » selon cette troisième acception.

<sup>42</sup> BELLEY, Jean-Guy, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 18 : 1 *Sociologie et société*, pp. 11-32.

<sup>43</sup> BELLEY, Jean-Guy, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » in *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*. Bâle: Helbing & Lichtenham. 2002, pp. 135-165, à la p. 153, repris in GUIBENTIF, Pierre, « Réaction à l'article de Jean-Guy Belley, « L'autonomie de la volonté et le pluralisme juridique aujourd'hui », Communication présentée au Congrès international des sociologues de langue française, Tours, 5-9 juillet 2004 (disponible sur : [http://w3.univ-tlse2.fr/aislf/cr3/cr3\\_T\\_Guibentif.pdf](http://w3.univ-tlse2.fr/aislf/cr3/cr3_T_Guibentif.pdf), date d'accès 30 avril 2007).

<sup>44</sup> Même lorsque ces agents agissent au-delà de leur autorité « légale » en droit positif, en adoptant des ententes inconstitutionnelles, par exemple.

Par ailleurs, Belley postule que la hiérarchie entre les ordres juridiques « parallèles » et étatique, qui caractérise le pluralisme juridique « faible », peut céder à une interaction négociée<sup>45</sup>. Le « contrat » entre l'État et une grande société par exemple, constituerait le « vecteur » de l'articulation entre les deux ordres juridiques. Belley n'envisage pas la situation où les composantes de l'État négocient entre elles pour se situer « hors du droit ». Mais, si l'État peut « par contrat » céder sa primauté afin de s'articuler « comme égal » avec une compagnie privée, l'on pourrait en déduire que des composantes d'un État fédéral peuvent le faire également.

Mais ce faisant, les composantes de l'État peuvent-elles non seulement renoncer à faire appliquer le droit positif, mais délibérément s'inscrire en marge par rapport à ce droit ?

#### II.4 Et si c'était de la « para-légalité », Docteur ?

Depuis plusieurs années, Hugues Dumont a développé une approche de la « para-légalité » afin de rendre compte de dérogations indéniables, mais admises, au droit public formel dans divers processus d'accommodement de la diversité en Belgique<sup>46</sup>. La para-légalité s'inspire de « l'infra-droit » de Jean Carbonnier et d'André-Jean Arnaud et s'inscrit « dans le fil de la théorie du pluralisme juridique »<sup>47</sup>.

Selon Dumont, la théorie de la para-légalité, comporte quatre dimensions, que je restructurerai en cinq pour faciliter la discussion qui suit<sup>48</sup>. Premièrement, la para-légalité désigne un ensemble de normes qu'un mouvement social ou une élite considère comme légitimes et qu'ils pratiquent effectivement. Deuxièmement, ces normes ne sont pas conformes à « des exigences fondamentales de la légalité étatique ». Troisièmement, le mouvement social ou l'élite en question « milite en faveur de leur reconnaissance par le droit positif »<sup>49</sup>. Quatrièmement, ces règles constituent « un système juridique à la fois parallèle et concurrentiel par rapport au système du droit étatique »<sup>50</sup>. Cinquièmement, « ce rapport de concurrence peut conduire les normes para-légales à faire irruption dans ce système étatique et à s'y imposer en tout ou en partie de manière stable ou précaire. »

Au départ, Hugues Dumont a élaboré sa théorie en décortiquant l'intégration plus ou moins officielle de normes défendues par des mouvements sociaux ou des élites non-étatiques en Belgique. Il s'agit des syndicats et du patronat qui négocient des conventions collectives, ensuite intégrées par le biais de normes officielles à l'ordre juridique interne. Il s'agit également des « pactes scolaire » et « culturel » intervenus entre milieux laïcs et

<sup>45</sup> BELLEY, Jean-Guy, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », in GÉRARD, Philippe, OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Droit négocié, droit imposé ?*, Facultés universitaires St-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 535-391, pp. 355 ss.

<sup>46</sup> V. DUMONT, Hugues, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis - Bruylant, 1996, vol. 1, pp. 37-51.

<sup>47</sup> DUMONT, Hugues, « Droit public, droit négocié et para-légalité », in GÉRARD, Philippe, OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Droit négocié, droit imposé ?*, Facultés universitaires St-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 457-489, à la p. 477.

<sup>48</sup> J'ai modifié l'ordre et scindé l'un de ces éléments par rapport à la synthèse établie par Hugues Dumont – sans, je l'espère en avoir modifié la substance – afin de faciliter le raisonnement qui suit. Les extraits sont tirés de DUMONT, « Droit public, droit négocié », *ibid.*, pp. 464-465.

<sup>49</sup> Dumont soulève cette caractéristique dans un texte publié en 2006 : (« L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? : Considérations critiques sur la mode belge des accords de coopération » in *Numéro spécial de la Revue de droit de l'ULB*», vol. 33, 2006-1, pp. 315-344), mais elle n'était pas reprise expressément dans un texte antérieur (« Droit public, droit négocié », *op. cit.*, note 45, pp. 464-465). Or, dans la discussion qui nous occupe, cette dimension me semble particulièrement importante...

<sup>50</sup> C'est moi qui souligne...

catholiques et qui ont engendré des aménagements (quotas dans divers établissements) qui limitaient clairement la liberté de conscience.

Ces normes non-étatiques, et non-conformes au droit positif, du moins au départ, constituent un « système *juridique* virtuel parallèle et concurrentiel au système du droit étatique ». On est donc dans une hypothèse de pluralisme juridique, mais un pluralisme qui se veut évanescent, puisque les auteurs de ces normes « para-légales » souhaitent l'intégration de ces dernières dans l'ordre juridique officiel (et, avec le temps, semblent y parvenir).

Enfin, Dumont s'est également intéressé à des compromis intervenus entre les deux grandes collectivités du pays (Flamands et Francophones) dans le contexte de la très forte décentralisation constitutionnelle des relations internationales, et plus précisément du pouvoir de conclure des « traités mixtes ». Dans ce contexte, le « droit négocié para-légalement » est « greffé sur l'ordre juridique étatique malgré son inconstitutionnalité »<sup>51</sup>. On s'approche ici du matériau d'analyse de la présente note. D'ailleurs, plus récemment, en me faisant l'honneur et le plaisir de « répondre » à mon analyse des accords de coopération en Belgique, Hugues Dumont appliquait cette thèse de la para-légalité aux accords de coopération belges qui sont clairement inconstitutionnels. Cette application suscite également certaines interrogations et je me réjouis à l'avance d'éventuelles réactions à l'embarras intellectuel dans lequel cette analyse me plonge.

Premièrement, même en présumant que l'on puisse remplacer les « mouvements sociaux ou une élite » par des acteurs étatiques (agissant « hors du droit ») dans cette analyse, peut-on prendre pour acquis que ces acteurs considèrent leur dérogation au droit positif « légitime » ? Ce n'est pas impossible (ils pourraient agir par souci d'efficacité), mais ce n'est pas certain.

Deuxièmement, la para-légalité situe les normes contrevenant à l'ordre juridique officiel essentiellement dans l'anti-chambre de celui-ci. Il est vrai que certaines ententes peuvent « préparer le terrain » d'une réforme ultérieure. Le diagnostic serait alors approprié. Mais ce n'est pas là la fonction unique ou même principale des ententes remplissant des fonctions para-constitutionnelles<sup>52</sup>.

Les exécutifs canadiens n'intègrent pratiquement jamais leurs ententes dans les ordres juridiques officiels. En Suisse et en Espagne, on assiste à des requalifications d'entente et à diverses gymnastiques rédactionnelles ou de contenu afin d'éviter le régime juridique applicable. Dans le contexte belge, intituler une entente « protocole » plutôt « qu'accord de coopération » peut être accidentel, mais il y a fort à parier que dans la majorité des cas, le choix est tout à fait délibéré.

Encore une fois, seule une étude de terrain, comprenant des entrevues avec les acteurs pertinents serait susceptible de lever le voile sur les motivations des acteurs publics qui choisissent la voie « non-officielle » dans ce contexte, de même que le rapport envisagé entre le droit « officiel » et ce droit « alternatif » (intégration ou apartheid ?). Et dès lors de concevoir si le « registre *bis* » est suffisamment structuré pour être qualifié de « juridique ». Il y a fort à parier qu'un seul diagnostic ne pourrait capturer l'ensemble de la pratique des acteurs fédéraux dans ce contexte. Des variantes de la « maladie » dont est affligée le droit public – marginalisé – pourraient alors se révéler...

<sup>51</sup> DUMONT, « Droit public, droit négocié... », *op. cit.*, note 45, p. 486.

<sup>52</sup> Au sujet des fonctions remplies par ces ententes, v. *supra*, section I. Ainsi, l'Accord de coopération relatif à la SNCB pourrait servir d'antichambre à une éventuelle régionalisation du transport ferroviaire : v. POIRIER, 2006, *op. cit.*, note 6, p. 68 et notes.

Enfin, – et la question est candide – n’y a-t-il pas une différence entre un système juridique *parallèle* et *concurrent* à celui de l’État et qui *tente de s’y intégrer*, et un régime juridique parallèle au droit étatique, conçu non pas par des mouvements ou une élite non-étatiques, mais par les composantes de l’État elles-mêmes et qui, dans la plupart des cas choisissent délibérément de se mettre à l’écart du droit positif ?

\*\*\*

Cette dernière question est lancinante. Les diverses théories du pluralisme juridique capturent la co-existence et l’interaction d’ordres normatifs/juridiques non-étatiques entre eux. Elles portent également sur la co-existence et l’interaction de règles/ordres juridiques/normatifs de communautés ou de groupes sociaux avec le droit étatique. Mais l’articulation entre le droit étatique officiel et un éventuel ordre juridique *bis*, émanant d’acteurs étatiques mais situé « hors du droit officiel » pose, me semble-t-il, un autre type de défi.

Les théories du pluralisme juridique examinent, décrivent et analysent ces occurrences où la production normative émane d’organes ou d’institutions non-étatiques. L’État ignore, tolère, voire même structure en partie, ces régimes juridiques « non-étatiques ». La question est de savoir si le droit étatique reste (même théoriquement) supérieur aux autres, s’il conserve une forme de tutelle (même putative, même jamais exercée) sur ces autres pouvoirs. Cela dépendra de la perspective adoptée.

Dans la variante « faible » du pluralisme juridique, l’État admet la coexistence de plusieurs ordres normatifs, mais conserve un certain droit de regard, une certaine primauté. La thèse maximaliste « radicale » fait fi de cette dimension, tant elle est centrée sur l’individu. Transposée aux organes étatiques, la thèse aurait pour effet potentiel de juger le caractère juridique simplement à l’aune de l’effectivité. En termes sociologiques, cela est peut-être utile. Le droit public officiel devient soit sans grande importance (thèse de Macdonald) ou alors reprend son droit de cité, de la perspective des autorités publiques (nuance apportée par Vanderlinden).

Quant à la position médiane, elle décrit également ce qui semble se passer lorsque des agents de l’État opèrent avec autorité, de manière structurée, concertée, mais pas nécessairement en conformité avec le « droit officiel » de l’État. Par voie contractuelle – avec des tiers – l’État peut mettre sa primauté en veilleuse et négocier l’intersection entre l’ordre juridique « officiel » et celui dont émane ce tiers (une compagnie, par exemple). Mais la question de savoir si par contrat « illégal » les composantes d’un État peuvent écarter – ensemble et de manière consensuelle – le droit officiel ? Qu’ils le fassent effectivement peut être démontré. Autre est la question de savoir comment le « droit officiel » - que les juristes de droit public sont généralement appelés à défendre - doit réagir face à ce constat.

Si le phénomène que j’ai tenté de décrire est avéré, l’on peut poser le diagnostic qu’il s’agit probablement d’une forme ou l’autre de pluralisme juridique, qu’il soit « faible », « intermédiaire », « fort » ou de type « paralégal ». Mais le rapport entre l’État « officiel » et l’État « en marge du droit » pose clairement un défi particulier pour « l’État de droit ».

S’agit-il d’une malformation mineure ? Ou ces diagnostics divers renvoient-ils à une maladie chronique et incurable pour cet État de droit ?

Cette question déborde évidemment celle de l'analyse sociologique du diagnostic. « Décrire n'est pas prescrire »<sup>53</sup>. Elle nous force à réintégrer l'angle du droit positif et de la théorie du droit public.

## EN GUISE DE CONCLUSION ... ?

### ... La médecine traditionnelle ?

Dans une conception classique et positiviste du droit public, l'État qui agit « hors du droit », et surtout en contravention avec celui-ci, agit « illégalement », « inconstitutionnellement ». Cette vision est fondamentale au regard de la conception-même de la « primauté du droit ». L'État démocratique enchâsse le principe du constitutionnalisme. Il aura mis en place des mécanismes de contrôle tendant à sanctionner les autorités publiques se plaçant – délibérément ou non – en marge ou en opposition au droit.

Que les exécutifs souhaitent échapper aux divers contrôles n'a rien de surprenant. Les monarques ont résisté à l'avènement des parlements. Les exécutifs ont résisté au contrôle administratif de leurs actions. Les parlements ont tenté de protéger leurs actes législatifs du contrôle du juge. Ces derniers tentent – au nom de leur indépendance – de se prémunir contre toute forme de contrôle de la part des autres pouvoirs. Vouloir immuniser ses engagements « contractuels » du droit positif et de ses boulets, ce n'est pas étonnant. Surtout si ces engagements, inscrits dans un registre normatif solide quoique non-officiel, sont presque inévitablement respectés ou renégociés.

Si les individus peuvent opter entre divers ordres normatifs, voire – soyons radicaux – juridiques, les autorités publiques dans un État démocratique, peuvent-elles en faire autant ? *A priori*, elles ne sont pas dotées de la même liberté que les individus : leurs pouvoirs sont encadrés. Et pour une bonne raison !!! La liberté des individus dans le schème de pensée occidental ne peut être assurée que si les pouvoirs politiques sont encadrés.

La préoccupation n'est pas en soi idéologique (je ne pense pas que le droit formel et officiel représente un registre normatif supérieur aux autres), mais fonctionnelle. Le droit positif, tel qu'il a évolué depuis (au minimum) la Révolution américaine, vise à limiter les pouvoirs, notamment de l'Exécutif. En d'autres termes, on peut légitimement se demander s'il est tolérable que le droit public positif – et les contrôles et contrepoids qu'il opère - soit ainsi détourné. La thèse du pluralisme juridique banaliserait-elle cette avancée démocratique ?

Le recours à un registre normatif parallèle par l'État lui-même n'est évidemment pas anodin puisqu'il immunise en quelque sorte les partenaires fédéraux (et essentiellement leurs exécutifs) contre toute forme de contrôle. C'est le retour au libéralisme contractuel du 19<sup>e</sup> siècle (la loi des parties), sauf que ces contrats ne sont pas que la loi des parties, mais également la loi de tous (que ce soit officiel ou non).

En effet, comme nous l'avons vu l'existence d'un registre juridique parallèle au droit positif officiel a pour effet d'accorder aux ententes une effectivité manifeste entre leurs signataires. Cette effectivité *inter partes* déteint indéniablement sur les tiers. Ainsi, des

---

<sup>53</sup> Dans un autre contexte, j'ai évoqué l'hypothèse selon laquelle les accords de coopération répondaient davantage au paradigme du réseau qu'à celui de la hiérarchie et de la pyramide (POIRIER, 2003c, *op. cit.*, note 6, pp. 257 ss.). Mais admettre que le réseau décrit le phénomène n'implique aucunement que l'on approuve ou défende ce modèle. Description n'est pas prescription. Si le réseau comporte des avantages, dans un contexte de droit public, il peut susciter de sérieuses préoccupations en termes de contrôle des exécutifs.

ententes qui ne devraient pas affecter la situation des tiers en l'absence de normes plus classiques, ont néanmoins cet effet.

Les risques d'une multiplication de registres normatifs parallèles au droit officiel, et aux garanties qu'il est sensé offrir, sont encore plus sérieux pour les tiers. En effet, les personnes privées – physiques ou morales – sont indubitablement concernées par bon nombre de ces ententes qui dérogent au droit positif. Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette note, leurs droits ne devraient en principe pas être modifiés en l'absence de normes « classiques » de droit public. Toutefois, les écarts face au droit « officiel » sont, ici également, nombreux. Cela dit, il est probable que le droit administratif positif soit mieux en mesure d'intervenir pour sanctionner l'évitement au droit positif lorsque les droits des personnes physiques ou morales sont directement affectés, que lorsque l'évitement du droit intervient dans un contexte essentiellement *inter partes*<sup>54</sup>.

Certaines dérogations au droit public sont évitables et l'opportunisme ou la « distraction » des exécutifs peuvent être contrés par un rappel à l'ordre du droit public positif. Dans ce contexte, il importe que les publicistes dénoncent les dérogations au droit positif et appellent à une adaptation des modes de contrôle de l'action publique qui tiennent compte de l'action conjointe au sein d'un régime fédéral. L'on doit insister pour que les pratiques intergouvernementales soient plus transparentes, et qu'elles n'échappent pas systématiquement au contrôle parlementaire et juridictionnel<sup>55</sup>.

En Belgique, cela signifie, par exemple, que les accords de coopération devraient quasiment tous être soumis aux parlements. Il peut s'avérer nécessaire de revoir les compétences de diverses juridictions afin d'adapter les mécanismes de contrôle à ces pratiques consensuelles, complexes, et éloignées des modes traditionnels et unilatéraux de régulation par l'État. La situation est encore plus complexe dans le cas des fédérations qui ne connaissent pas de régime normatif « positif » relatif aux ententes entre partenaires fédéraux. Dans ce cas, le traitement serait beaucoup plus radical que dans le cas d'aménagements de structures de contrôle déjà existantes, mais contournées<sup>56</sup>.

Il y aura sans doute toujours un jeu de chat et de souris entre les Exécutifs et le droit public, les agents de l'État n'étant pas moins habiles que les fiscalistes pour découvrir des stratégies afin d'esquiver le droit positif... Mais, il ne s'agit pas de capituler pour autant. Constaté une pratique n'entraîne pas une abdication....

### ... ou alternative ?

Il est sans doute illusoire de penser que toutes les ententes conclues entre partenaires fédéraux peuvent – ou même doivent – s'inscrire dans le registre juridique « officiel ». Certains accords sont « trop politiques ». D'autres ne seraient peut-être pas possibles s'ils devaient respecter une procédure trop complexe, voire trop publique<sup>57</sup>. La

<sup>54</sup> Quoique, comme nous l'avons souligné, il est difficile d'imaginer un contexte où des ententes entre exécutifs n'ont pas d'impact sur les tiers...

<sup>55</sup> Pour des suggestions d'amélioration du régime applicable aux accords de coopération, v. DUMONT, « L'État belge résistera-t-il à sa contractualisation ? », *op. cit.*, note 47, pp. 341 ss.; v. aussi « Les accords de coopération belges au regard du droit comparé », *Recherche réalisée pour le compte de la Région de Bruxelles-Capitale*, décembre 2001, 213 pp. et 100 pp. d'annexes, aux pp. 199 ss.

<sup>56</sup> Pour des suggestions de réformes constitutionnelles afin de consolider le statut juridique, v. POIRIER, 2003b, *op. cit.*, note 6, pp. 453 ss.

<sup>57</sup> On pense par exemple aux ententes Canada-Québec reconnaissant une relation asymétrique en faveur du Québec, par exemple, qui ne recevraient sans doute pas l'aval de la majorité des parlementaires canadiens, si elles devaient leur être soumises.

souplesse de ces ententes met de l'huile dans les rouages fort sollicités des relations intergouvernementales.

En posant l'hypothèse de l'existence d'un régime normatif fort, en marge du droit positif, le but de la présente note était de dépasser l'idée selon laquelle il s'agit simplement de « non-droit ». Sur le plan heuristique, admettre la possibilité de l'existence de ces régimes parallèles a au moins pour effet de démystifier le droit positif. En effet, l'effectivité de ces pratiques fait en sorte que ce « non-droit » peut, dans certains cas, « faire la loi ». En admettant que les accords qui contreviennent au droit positif, voire même ceux qui n'y dérogent pas, répondent à un régime normatif parallèle, l'on peut engager une recherche sur les contours et les éléments de ce régime *bis*.

Par quel mécanisme ces ententes acquièrent-elles une effectivité en marge – et souvent en dépit – du droit officiel ? Comment les litiges – qui échappent aux juridictions ordinaires, voire même à celles officiellement créées pour ce faire – sont-ils réglés ? Pourquoi les acteurs publics inscrivent-ils leurs ententes dans ce registre plutôt que dans le registre « officiel » ? Quels sont les avantages et les inconvénients d'un tel contournement du droit positif ? Le but n'est plus ici de trouver un remède (du moins pas immédiatement) mais d'encourager la recherche sur les causes et les effets de la maladie...

Par ailleurs, même si l'on parvenait à réduire l'ampleur du phénomène du « non-droit qui fait la loi » dans un régime fédéral, il faut probablement admettre qu'il ne sera jamais possible – ni même nécessairement souhaitable – d'endiguer entièrement le phénomène. A supposer que l'existence de ce registre parallèle soit une maladie incurable, peut-on en atténuer les symptômes ?

Dans un autre contexte, Jean-François Perrin soutient qu'un des avantages de qualifier de « juridique » un ordre normatif parallèle à l'ordre juridique officiel est qu'on peut dès lors mobiliser non pas les règles de droit positif comme telles, mais des principes généraux du droit<sup>58</sup>. Le remède n'est pas classique, mais les effets de cette pharmacopée alternative seraient – en principe – similaires :

« Tout ordre normatif, s'il est qualifié de juridique, doit exister en ménageant, en son sein, des relations qui ne sont ni arbitraires, ni constitutives d'inégalité de traitement ou d'abus de droit. Il serait contradictoire de considérer ces ordres comme « juridiques » et non habités par ces grands principes ».<sup>59</sup>

Perrin insiste plus particulièrement sur le principe de la bonne foi. Dans le cas qui nous occupe, on pourrait également songer au principe du *pacta sunt servanda*. Cela dit, l'effectivité de la pratique « hors du droit » des ententes intergouvernementales semble démontrer que le remède est largement intégré dans la diète des partenaires fédéraux. Ce principe serait-il une « norme implicite et inférentielle » ?

## QUESTIONS

<sup>58</sup> Examinant des cas plus classiques de pluralisme juridique où l'ordre parallèle émane d'acteurs non-étatiques, il parle de régimes parallèles au « droit étatique » : PERRIN, Jean-François, « L'autonomie de la volonté et le pluralisme juridique aujourd'hui », Communication présentée au Congrès international des sociologues de langue française, Tours, 5-9 juillet 2004 (disponible sur : [http://w3.univ-tlse2.fr/aislf/cr3/cr3\\_T\\_Perrin.pdf](http://w3.univ-tlse2.fr/aislf/cr3/cr3_T_Perrin.pdf); date d'accès 30 avril 2007).

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 11.

*IN FINE*, dans le cadre du présent colloque virtuel, certaines questions continuent de me tarauder. Le présent site offre une occasion d'en débattre. J'apprécierais donc vivement des éventuelles réactions, notamment, aux interrogations suivantes :

- ❖ L'État peut-il s'inscrire dans un registre normatif autre que « positif » ?
- ❖ Le pluralisme juridique peut-il capturer les relations qu'entretiennent les composantes d'un État fédéral et qui s'inscrivent en marge du droit positif ?
- ❖ Quelle variante du pluralisme juridique est à même de mieux décrire le phénomène ?
- ❖ Les analyses du pluralisme juridique découlent essentiellement de l'observation de l'interaction entre des ordres normatifs « non-étatiques » entre eux ou entre des ordres normatifs « non-étatiques » et le droit étatique officiel. Peuvent-elles réellement être transposées aux rapports État-officiel, d'une part, et État « hors du droit », de l'autre ? Le cas échéant, quelles adaptations doivent être envisagées?
- ❖ La théorie de la para-légalité s'applique-t-elle tout aussi bien à la première hypothèse (entités non-étatiques entre elles ou avec l'État) qu'à la deuxième (l'État... avec lui-même) ?
- ❖ Sinon, une autre théorie décrirait-elle mieux le phénomène ?
- ❖ L'absence de contrôles inhérents au droit positif – même lorsqu'ils sont peu utilisés – est-elle préoccupante ?
- ❖ La situation se pose-t-elle différemment en ce qui a trait aux relations *inter partes* et à l'endroit des tiers ?