

Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité?

Alain PELLET¹

*Professeur émérite de l'université Paris Nanterre
Ancien président de la CDI
Membre de l'IDI*

Autant être carré – mais en un balancement qui m'est aussi cher qu'à notre président de la République: le recours à la *soft law* (mais ne vaudrait-il pas mieux dire *AU soft law*? car ce n'est pas de loi, mais de droit qu'il s'agit) en droit international² relève d'un choix souvent dicté par la nécessité. Mais, avant d'en venir là, quelques remarques générales qui constitueront le cadre de ma réponse.

I – ATTRAITS ET DÉSAGRÈMENTS DU *SOFT LAW*

A. Le dégradé normatif international

Contrairement à mon maître admiré mais critiqué, Prosper Weil³, je tiens que la normativité – ou la juridicité, mais le droit est par essence

1. Avec mes remerciements à Jean-Rémi de Maistre, doctorant à l'université Paris-Nanterre; chercheur en droit international (CEDIN), pour son aide dans la préparation de cette contribution.

2. Je m'en tiens au droit international public au sens étroit de droit interétatique, mais on ne saurait ignorer que le droit transnational par exemple constitue aussi un domaine privilégié dans lequel le *soft law* est particulièrement vivace (v. not. THÜRER D., «Soft Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, par. 35; LATTY F., «La diversité des sources du droit de l'Internet», in SFDI, *Internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Paris, Pedone, 2014, p. 57-61; DE BOISSÉSON M., «La "Soft Law" dans l'arbitrage», *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} oct. 2014, n° 3, p. 519).

3. WEIL P., «Vers une normativité relative en droit international?», *RGDIP* 1982, n° 1, p. 5-47.

normatif – est relative⁴. Entre le non-droit et le droit impératif existe tout un dégradé de normes plus ou moins contraignantes qui vont de celles auxquelles on ne peut déroger à peine de nullité et, dans certains cas au moins, de sanctions coercitives et répressives, à celles qui exposent ce que devrait être un comportement « normal » sans que puisse résulter une quelconque affliction d'une conduite non conforme. En d'autres termes, je suis de ceux qui considèrent résolument que « *it is excessively simplistic to dive written norms into those that are binding and those that are not* »⁵. Dans ce dégradé, le *soft law* se situe par hypothèse vers le bas de l'échelle de la normativité sans qu'il soit toujours facile de déterminer où il s'arrête et où commence le *hard law*, le bon vieux droit positif fait de commandements et d'interdictions⁶.

Et cela est vrai même si l'on s'en tient à une approche classiquement volontariste. *A priori*, dans cette perspective, le droit résulte de l'expression de la volonté de l'État: s'il entend se lier, la règle ainsi posée sera réputée « juridique »; s'il n'exprime pas de volonté en ce sens, la norme énoncée, reléguée hors du droit, fera l'objet d'une excommunication juridique. Mais c'est là que le raisonnement est abusivement simpliste: lorsque, dans un traité en bonne et due forme et en vigueur, les États parties « cherchent à parvenir »⁷, « devraient prendre des mesures pour conserver et, le cas échéant, renforcer... »⁸, « reconnaissent que certaines Parties décident d'agir volontairement en concertation »⁹, « sont encouragés à faciliter la coopération internationale »¹⁰, « œuvrent en vue de promouvoir »¹¹, « devraient

4. PELLET A., « Le droit international à l'aube du XXI^e siècle (La société internationale contemporaine – permanences et tendances nouvelles) », cours fondamental in *Cours euro-méditerranéens Bancaja de droit international*, vol. I, 1997, Aranzadi, Pampelune, 1998, p. 32-34; « Cours général: le droit international entre souveraineté et communauté internationale – La formation du droit international », *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, p. 14; également reproduits in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, p. 21-23 et 119 et disponible sur <http://alainpellet.eu/bibliographie/articles/>.

5. BAXTER R. R., « International Law in Her Infinite Variety », *ICLQ*, vol. 29, oct. 1980, p. 552.

6. Pour une présentation gaillarde de la difficulté à distinguer le *hard* du *soft*, v. BODEAU-LIVINEC P., « *Hard Law: érection durable* », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 287-292.

7. Accord de Paris, 6 déc. 2015, entré en vigueur le 4 nov. 2016, article 4, par. 1.

8. *Ibid.*, article 5, par. 1.

9. *Ibid.*, article 6, par. 1.

10. Traité sur le commerce des armes, adopté à New York, 2 avr. 2013, entré en vigueur le 24 déc. 2014, article 15, par. 2.

11. Traité sur la Charte de l'énergie, adopté à Lisbonne, 17 déc. 1994, entré en vigueur le

toujours respecter les principes qui suivent »¹², peut-on encore parler de droit dur, voire de droit tout court ?

La réponse la plus simple, mais décidément simpliste, consiste à dire: « Oui, la norme est juridique puisqu'un traité constitue indiscutablement une source de droit. » Mais on voit bien qu'une telle analyse n'est pas satisfaisante: certes, il s'agit bien de normes; le traité expose des attentes, des expectatives, de la part des autres parties; mais il est à peu près impossible d'apprécier l'existence ou l'importance d'une violation de telles normes, et, dès lors, d'en tirer les conséquences qui s'attachent en principe à la violation d'une règle obligatoire, à commencer par l'engagement de la responsabilité de son auteur. Formellement dures, car incluses dans un traité, ces normes sont matériellement molles: elles relèvent de la normativité puisqu'elles énoncent un comportement attendu de leurs destinataires; mais elles échappent au corollaire tenu pour habituel en cas de non-respect du droit: la responsabilité de l'auteur du fait illicite qui se traduit, lorsque le manquement a causé un dommage, par l'obligation de réparer.

Cela ne revient nullement à dire que les normes en question, qu'elles soient molles formellement ou matériellement, ne produisent aucun effet au plan juridique. On peut, d'une manière générale, leur appliquer les constatations que faisait le juge Hersch Lauterpacht à propos de la question de la valeur juridique des résolutions non obligatoires de l'Assemblée générale des Nations unies à laquelle il refusait de répondre « par le seul énoncé du principe qu'elles ne sont pas juridiquement obligatoires ». Ce que le grand juge contestait en revanche était le droit du destinataire d'une norme recommandée « de l'ignorer purement et simplement (...) et de s'abstenir de fournir des raisons pour ne pas leur donner effet ou pour ne pas les soumettre à examen en vue de leur donner effet. Ce qu'on a contesté, c'est l'opinion qu'une recommandation est sans aucun effet juridique quelconque. Une résolution recommandant à un État administrant une mesure déterminée crée une certaine obligation juridique qui, si rudimentaire, souple et imparfaite qu'elle soit, est cependant une obligation juridique et constitue une mesure de surveillance. L'État en question, s'il n'est pas tenu d'accepter la recommandation, est tenu de l'examiner de bonne foi. Si, eu égard à sa propre responsabilité en dernier ressort pour la bonne administration du territoire, il décide de ne pas en tenir compte, il doit donner les raisons de sa décision »¹³. C'est que, « de par leur nature même, les recommandations ne créent pas d'obligations juridiques de passer

12. Convention relative à l'assistance alimentaire, adoptée à Londres, 25 avr. 2012, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 2013, art. 2, al. a).

13. Opinion individuelle de M. Lauterpacht, jointe à CIJ, avis consultatif, 7 juin 1955, *Procédure de non-applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au*

à exécution, bien qu'en certaines circonstances appropriées elles constituent une autorisation légale pour les membres décidés à s'y conformer soit individuellement, soit collectivement»¹⁴. Et d'ajouter: «Quelle que soit la teneur de la recommandation, et quelles que soient la nature et les caractéristiques de la majorité qui l'a votée, la recommandation n'en reste pas moins un acte juridique de l'organe principal des Nations unies, que tous les Membres de l'Organisation sont juridiquement tenus de considérer avec le respect qui est dû à une résolution de l'Assemblée générale»¹⁵. En d'autres termes, ces normes molles *permettent* (en tout cas dans les relations entre les parties prenantes), mais n'obligent pas.

J'ajoute en passant que la «mollesse» du droit peut se nicher à des endroits inattendus. On peut la déceler par exemple dans la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux, y compris celle de la CIJ.

On pense tout de suite à ses avis consultatifs qui, par définition, ne sont obligatoires ni pour l'organe qui les a demandés ni même pour les destinataires de la norme faisant l'objet de la demande. Comme la Cour l'a relevé: «Une distinction doit ainsi être établie entre le caractère consultatif de la fonction de la Cour et les effets particuliers que les parties à un différend existant peuvent souhaiter attribuer, dans leurs relations mutuelles, à un avis consultatif de la Cour, qui, "comme te[l], (...) ne saurait avoir d'effet obligatoire"»¹⁶. Ne possédant pas la force obligatoire de l'arrêt, l'avis consultatif s'analyse non comme une décision, mais comme une *opinion* de la Cour, destinée à éclairer l'organe qui la consulte. Toutefois, dans la pratique, les avis consultatifs s'imposent généralement en raison de l'autorité de la Cour et font partie intégrante de sa jurisprudence¹⁷. Et l'on peut même trouver des traces de mollesse dans le contentieux juridictionnel, domaine de l'obligatorité, au moins relative, fermement ancrée dans le principe de la *res judicata*. Hugh Thirlway donne un exemple frappant de ce phénomène, certes marginal, mais intéressant: il relève que dans l'affaire *Gabčíkovo/Nagymaros*, la Cour a ordonné aux parties de poursuivre les négociations auxquelles elles s'étaient engagées dans le compromis par lequel elles l'avaient saisie et elle a considéré que «les Parties sont juridiquement tenues, au cours des négociations qu'elles mèneront en

14. *Ibid.*, p. 115.

15. *Ibid.*, p. 120. Dans le même sens, v. p. ex.: CIJ, arrêt, 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* (Australie c/ Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant)), CIJ Rec., p. 269, par. 137, ou p. 271, par. 144.

16. CIJ, avis consultatif, 29 avr. 1999, *Immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, CIJ Rec., p. 77, par. 25, citant CIJ, avis consultatif, 30 mars 1950, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, CIJ Rec., p. 71.

17. V. DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 622, par. 549.

application de l'article 5 du compromis, d'envisager dans le contexte du traité de 1977 de quelle façon elles peuvent servir au mieux les objectifs multiples du traité, en gardant à l'esprit qu'ils devraient tous être atteints»¹⁸. On serait bien en peine de déterminer qu'une des parties n'a pas respecté cette directive de la Cour, sauf si elle refusait expressément l'un des objectifs du traité. Il est vrai que, comme le relève l'auteur, «[t]he softness was, however, in the treaty-provision interpreted by the judgment rather than in the judgment itself»¹⁹.

Droit mou, tendre²⁰, vert²¹, assourdi²², souple²³, le *soft law* présente à l'évidence à la fois de grands avantages et autant d'inconvénients, qui expliquent pourquoi on y recourt et pourquoi aussi, dans d'autres cas, on lui préfère des normes dures et obligatoires, étant entendu que, parfois, un tel recours est choisi alors que, en d'autres circonstances, il est subi et ne résulte pas d'une volonté délibérée de la part des auteurs de la norme.

B. Le pour et le contre

La détermination des avantages et des inconvénients respectifs du *soft* et du *hard law* relève, à vrai dire, de l'évidence ou, en tout cas, du bon sens.

Il faut bien convenir, en effet, que des règles claires, aux contours tranchés, certainement obligatoires, avec toutes les conséquences qui s'attachent tant à la norme – et c'est le droit classique des sources du droit, qu'il s'agisse des traités ou de la coutume – qu'à sa violation – le droit de la responsabilité et les règles applicables au règlement des différends sont solidement établies – ne sont pas sans grands atouts. La cause est entendue: ces caractères garantissent une certaine objectivité de la règle, la certitude plus grande de son application et une relative sécurité des rapports juridiques entre les personnes intéressées à sa mise en œuvre.

18. CIJ, arrêt, 25 sept. 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), CIJ Rec., p. 77, par. 139; v. aussi l'arrêt de la CIJ du 31 mars 2014, *Chasse à la baleine dans l'Antarctique* préc. note 15.

19. V. THIRLWAY H., *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Series Foundations of International Law, 2014, p. 168.

20. ABI-SAAB G., «Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60.

21. DUPUY P.-M., «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», RCADI vol. 188, 1984, p. 71.

22. RIGAUX F., «Cours général de droit international privé», RCADI vol. 213, 1989, p. 362, 375; v. aussi ABI-SAAB G., «Éloge du "droit assourdi". Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», *op. cit.* note 20, p. 60.

23. V. CE, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, 297 p.

Mais on parle moins de l'autre face de la médaille : cette sécurité n'est acquise qu'au prix d'une grande rigidité. Qu'elle soit conventionnelle ou, plus encore, coutumière, une norme de *hard law* se forme à la suite d'un processus souvent lent et laborieux, qui a le mérite de garantir son acceptabilité par ses destinataires et, donc, une meilleure probabilité de mise en œuvre. En revanche, une fois la norme établie il sera bien compliqué, et parfois impossible, de la modifier pour l'adapter aux besoins changeants des partenaires sociaux. La règle coutumière résulte d'une pratique répétée dans le temps et, même si celui-ci n'est plus « immémorial », une formation instantanée est improbable²⁴. Quant aux traités, ils sont de véritables « pièges à volonté »²⁵ ; en l'absence de clause permissive, une fois entrés en vigueur à l'égard d'un État, il est pratiquement impossible à celui-ci de se dégager de ses obligations²⁶ : en pratique, il ne peut y être mis fin qu'en cas de changement fondamental de circonstances (*rebus sic stantibus*)²⁷, dont les conditions sont quasiment impossibles à remplir²⁸. C'est d'ailleurs cette caractéristique des traités ne prévoyant pas de possibilité de dénonciation unilatérale qui a conduit le Conseil constitutionnel français à distinguer le protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme du deuxième protocole au Pacte international des droits civils et politiques de 1966 : l'un et l'autre impliquaient renonciation de la France à pratiquer la peine de mort, mais le premier « peut être dénoncé dans les conditions fixées par l'article 58 de cette Convention », « dès lors, il ne porte pas atteinte aux

24. V. cependant CHENG B., « United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law ? », *Indian Journal of International Law*, vol. 5, 1965, p. 35-40 et « Custom: the Future of General State Practice in a Divided World », in MAC DONALD R.S.J. et JOHNSTON D.M. (ed.), *The Structure and Process of International Law*, La Haye, Nijhoff, 1983, p. 532 ; GUZMAN A. T., « Saving Customary International Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2005, p. 122. V. contra JENNINGS R. Y., *The Identification of International Law*, in CHENG B. (ed.), *International law, Teaching and Practice*, Londres, Stevens, 1982, p. 5 ; DAILLIER P., FORTEAU M. et PELLET A., *Droit international public*, op. cit. note 615, p. 359, par. 210.

25. V. PELLET A., « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 déc. 1997 (traité d'Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, 1998, p. 121 ; « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI* 2007, T. 329, Leiden/Boston, Nijhoff, 2008, p. 23 ; « *Habemus Guidam!* Rapport général », in SFDI, *Actualité des réserves aux traités*, Paris, Pedone, 2014, p. 32.

26. V. cependant, pour une position plus nuancée, CONDORELLI L., « Traité : piège à volonté », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, op. cit. note 604, p. 579-582.

27. Cf. l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

28. V. CIJ, arrêt, 2 févr. 1973, *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c/ Islande), CIJ Rec., p. 18-21 ; Arrêt, 25 sept. 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), CIJ Rec., p. 64, par. 104 ; v. pour un rare exemple contraire CJCE, arrêt, 16 juin 1998, *A. Racke GmbH*, n° C-162/96, Rec. I-3655.

conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », contrairement au second qui ne peut être dénoncé et « lierait dès lors irrévocablement la France même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation »²⁹. De même qu'il y a des degrés dans la « mollesse » du droit, de même, il y a droit dur et droit dur...

Il reste qu'au-delà de ces nuances, les caractéristiques de la norme « dure » ne facilitent pas l'adaptation de la norme aux évolutions de la société internationale et des besoins des États concernés. Les mécanismes traditionnels de formation des normes en droit international, ce que l'on appelle les sources du droit, permettent tant bien que mal que des règles juridiques existent, mais il s'agit de procédés fort lourds, au résultat incertain, et, surtout, une fois la norme « adoptée » (pour les traités), « créée » (pour la coutume) ou « consacrée » (pour les principes généraux de droit), elle rigidifie les situations et rend les évolutions plus difficiles³⁰.

Et ce n'est pas tout si l'on va un peu plus au fond des choses. La norme internationale « dure » est certes obligatoire, mais elle n'est certainement pas exécutoire. Et, si on la compare à la norme interne, son obligatorité même est mal assurée. Je ne parle plus ici des règles matériellement molles mais bien des plus dures, de celles dont la violation entraîne sans conteste la responsabilité de son auteur. Cela, c'est la théorie ; mais, en pratique, concrètement, qu'en est-il ? Malgré les efforts maladroits de l'avant-dernier rapporteur spécial de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État³¹, il n'existe aucun mécanisme de droit commun chargé d'assurer le contrôle du respect de ces normes, fussent-elles durissimes³², qu'il s'agisse de

29. Cons. const., décision, 13 oct. 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, n° 2005-524/525 DC, JO n° 245, 2005, p. 16609 ; v. aussi : Cons. const., décision, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort*, n° 85-188 DC, JO du 23 mai 1985, p. 5795 ; v. HUSSON E., « Commentaire », in MIRON A. et PELLET A. (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 421-431.

30. V. PELLET A., « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », op. cit. note 25, p. 26-27.

31. V. ARANGIO-RUIZ G., notamment son Septième rapport sur la responsabilité des États, *Ann. CDI*, vol. II, 1995, pars. 85-112.

32. Il est intéressant de constater que l'article 66 (a) de la convention de Vienne de 1969 aux termes duquel « toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage » n'a à ce jour jamais trouvé à s'appliquer. Il peut au demeurant faire l'objet de réserves (v. le commentaire de la directive 3.1.5.7, Réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité, « Guide de la pratique sur les réserves aux traités », *Rapport de la Commission du droit international*, 2011, A/66/10/Add.1, p. 409-412.

constater la violation, d'assurer la réparation des dommages causés par celle-ci ou de mettre en œuvre la norme indépendamment de, ou, *a fortiori*, contre, la volonté de l'auteur du fait internationalement illicite. Comme l'a rappelé la CIJ dans un *dictum* célèbre, « [d]ans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure judiciaire a toujours constitué la règle plutôt que l'exception »³³. Faute d'un tel mécanisme, c'est à chaque État qu'il appartient d'apprécier en ce qui le concerne la validité de ses actes ou omissions dans la sphère internationale ou de ceux de ses partenaires³⁴.

Et quand bien même une constatation objective de la violation d'une obligation internationale et des remèdes à y apporter pourrait être faite, il reste qu'en dernière analyse la mise en œuvre d'une telle constatation ne relèverait que de la bonne volonté de l'État responsable – mesures du chapitre VII de la Charte mises à part, mais celles-ci ont vocation à assurer le respect de la paix et de la sécurité internationales, non de sanctionner la violation des normes juridiques. En d'autres termes, la possibilité de faire respecter par un État, voire par l'un de ses ressortissants directement visés par la règle, l'obligation aussi dure soit-elle est largement aléatoire.

Et pourtant, d'une manière générale, le droit international est assez remarquablement respecté³⁵. C'est que le droit est l'instrument privilégié de la cohésion sociale; le droit international ne fait pas exception: il est le garant de la coexistence entre les entités souveraines qui, quoi qu'en pensent les théoriciens « postmodernes », continuent d'être les principales composantes de la société internationale. Les États – ou plutôt leurs dirigeants – sont bien conscients de sa nécessité; c'est l'essence même de l'*opinio juris*, qui, loin d'être confinée à la formation de la coutume, est à la base de la normativité du droit international dans son ensemble.

Mais, dans ces conditions, les avantages comparatifs du *hard law* par rapport au *soft law* s'estompent quelque peu. Les normes « dures » sont respectées non pas parce que leur violation entraîne une sanction, mais parce que leurs destinataires ont la conviction qu'ils doivent s'y plier et alors même que, la plupart du temps, rien ne se passe s'ils ne le font pas. Il peut parfaitement en aller de même s'agissant des normes de droit souple: assurément, elles ne sont pas obligatoires mais leur mise en œuvre par leurs destinataires témoigne d'une adhésion plus libre et, peut-on penser, dans certains cas au moins, plus profonde. Au surplus, et paradoxalement,

33. CIJ, arrêt, 18 juill. 1966, *Sud-Ouest africain* (Éthiopie c/ Afrique du Sud; Liberia c/ Afrique du Sud) (2^e phase), CIJ Rec., p. 46, par. 86.

34. V. p. ex.: Sentence, 16 nov. 1957, *Affaire du Lac Lanoux* (Espagne/France), RSA, vol. XII, p. 310, par. 16.

35. V. SOREL J.-M., « Droit international: on ne sait vraiment pas ce que c'est », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, op. cit. note 6, p. 190.

l'adoption de règles de *soft law* s'accompagne aujourd'hui de plus en plus fréquemment de la mise en place de mécanismes de contrôle, voire de pression, en vue de leur exécution. En ce sens, voir par exemple, la Commission du développement durable créée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies³⁶, le Forum sur la gouvernance de l'Internet créé à la suite du Sommet mondial sur la société de l'information³⁷ ou le Forum de stabilité financière (FSF), créé en 1999, puis remplacé par une décision du G20 de Londres de 2009³⁸ par le Conseil de stabilité financière (CSF) qui dispose, lui, d'une personnalité juridique, celle d'une association de droit suisse. Et pourtant, l'article 23 de la Charte qui met le CSF en place précise que: « *This Charter is not intended to create any legal rights or obligations* »³⁹. Du reste, pour s'être amplifié récemment, le phénomène n'est pas nouveau, que l'on pense par exemple aux recommandations ou aux conventions non ratifiées de l'OIT⁴⁰ ou aux mécanismes d'examen périodiques des textes

36. A/RES/47/191 du 29 janv. 1993.

37. Créé par l'*Agenda de Tunis pour la Société de l'Information*, adopté le 18 nov. 2005, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rév.1)-F, pts. 70-82.

38. DELABIE L., « Gouvernance mondiale: G8 et G20 comme modes de coopération interétatique informels », AFDI 2009, p. 663.

39. *Charte du Conseil de stabilité financière*, amendée et approuvée par les chefs d'États et de gouvernement au G20 de Los Cabos du 19 juin 2012.

40. Cf. l'article 19(5) et (6) de la Constitution de l'OIT – *Conventions et recommandations Obligations des Membres quant aux conventions*

5. S'il s'agit d'une convention: (...)

(e) si une convention n'obtient pas l'assentiment de l'autorité ou des autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, le Membre ne sera soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'il devra faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de sa législation et sur sa pratique concernant la question qui fait l'objet de la convention, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toute disposition de la convention par voie législative, par voie administrative, par voie de contrats collectifs ou par toute autre voie, et en exposant quelles difficultés empêchent ou retardent la ratification d'une telle convention.

Obligations des Membres quant aux recommandations

« 6. S'il s'agit d'une recommandation:

(a) la recommandation sera communiquée à tous les Membres pour examen, en vue de lui faire porter effet sous forme de loi nationale ou autrement;

(b) chacun des Membres s'engage à soumettre, dans le délai d'un an à partir de la clôture de la session de la Conférence (ou, si par suite de circonstances exceptionnelles, il est impossible de procéder dans le délai d'un an, dès qu'il sera possible, mais jamais plus de dix-huit mois après la clôture de la session de la Conférence), la recommandation à l'autorité ou aux autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre;

(c) les Membres informeront le Directeur général du Bureau international du Travail des mesures prises, en vertu du présent article, pour soumettre la recommandation à l'autorité ou aux autorités compétentes, en lui communiquant tous renseignements sur l'autorité ou les autorités considérées comme compétentes et sur les décisions de celles-ci;

relatifs au nouvel ordre économique international adopté par l'Assemblée générale des Nations unies durant les années 1970⁴¹.

Les effets concrets de ces mécanismes « mous » sont loin d'être négligeables. Dans son rapport de 2013 consacré au « droit souple », le Conseil d'État donne l'exemple, très parlant, de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail et de son suivi⁴² :

« Celle-ci définit quatre droits fondamentaux dont tous les États membres doivent respecter les principes, du seul fait de leur appartenance à l'OIT⁴³ et même s'ils n'ont pas ratifié les conventions correspondantes : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. La Déclaration ne définit pas de règle de droit nouvelle, elle n'a qu'une valeur reconnitive des obligations qui incombent aux États du fait de leur adhésion à l'OIT. La Déclaration est complétée par des mécanismes de suivi et un programme de coopération technique destiné à soutenir les États dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

(d) sauf l'obligation de soumettre la recommandation à l'autorité ou aux autorités compétentes, les Membres ne seront soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'ils devront faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail, à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, sur l'état de leur législation et sur leur pratique concernant la question qui fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toutes dispositions de la recommandation et en indiquant les modifications de ces dispositions qui semblent ou pourront sembler nécessaires pour leur permettre de l'adopter ou de l'appliquer ».

41. V. not. la résolution 3201 (S-VI) du 1^{er} mai 1974 : « L'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies procédera à un examen d'ensemble de l'application du Programme d'action, qu'elle considérera comme une question prioritaire » (section IX, par. 2) ou la résolution 3281 (XXIX) du 12 déc. 1974 énonçant la *Charte des droits et devoirs économiques des États* : « Une question relative à la Charte des droits et des devoirs économiques des États sera inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale à sa trentième session, puis toutes les cinq sessions. L'assemblée générale procédera ainsi à un examen systématique et complet de l'application de la Charte, du point de vue à la fois des progrès réalisés et des améliorations et compléments qui pourraient devenir nécessaires, et elle recommandera les mesures convenables. Dans cet examen, l'Assemblée générale devrait tenir compte de l'évolution de tous les facteurs économiques, sociaux, juridiques et autres se rapportant aux principes sur lesquels est fondée la présente Charte, ainsi que du but même de la Charte » (art. 34).

42. *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^e session, Genève, 18 juin 1998.

43. Ces principes sont considérés comme découlant de la Constitution de l'OIT, que tous les États membres sont par construction tenus de respecter (note 176 du rapport cité ici).

Plusieurs effets positifs de la Déclaration ont pu être observés⁴⁴. Les ratifications des sept conventions correspondant aux droits fondamentaux ont été relancées, attestant du caractère « promotionnel » de la Déclaration, selon l'expression de la professeure canadienne Isabelle Duplessis⁴⁵. La Déclaration sert de document de référence dans la coopération entre l'OIT et d'autres organisations internationales, comme l'OMC ou la Banque mondiale. Cette dernière s'est engagée en 2006 à soutenir le respect des droits fondamentaux du travail, tels qu'énoncés dans la Déclaration, dans tous les projets d'infrastructure qu'elle finance⁴⁶.

La question se pose : faut-il préférer un traité en bonne et due forme, prévoyant des obligations « dures » mais ne les assortissant d'aucun mécanisme de contrôle de leur exécution ou de règlement des différends concernant son interprétation, ou son application à un texte de *soft law* (aussi bien d'ailleurs de droit matériellement que formellement mou) assorti, lui, d'un dispositif de suivi de son exécution ?

II – LES RAISONS DU RECOURS AU *SOFT LAW*

A. Un choix parfois contraint

Il existe donc bien des raisons d'opter pour le droit mou : plus souple, il peut n'en être pas moins tout aussi efficace, voire plus, que le *hard law* et son moindre degré d'obligatorité peut rassurer les partenaires et faciliter l'adoption des instruments l'énonçant. Et, bien souvent, ceux-ci constituent des jalons normatifs préalables à l'adoption de traités dont le contenu peut être progressivement durci. « L'objectif est d'ériger par étapes un bel édifice, de préparer les sens en donnant un sens, une direction. L'approche requiert du doigté car il ne faut pas effrayer trop vite les participants par la rudesse des obligations »⁴⁷.

44. Cf. DUTHEILLET DE LAMOTHE O., « La Déclaration de l'OIT de 1998, laboratoire de la dimension sociale de la mondialisation », intervention à la 5^e rencontre du réseau ID franco-américain, Collège de France, mars 2011 (note 177 du rapport cité ici).

45. DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international* 2007 (note 178 du rapport cité ici).

46. CE, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, p. 89.

47. ASCENSIO H., « *Soft Law* : cinquante nuances de gris », in *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, préc. note 6, p. 541. Je ne me rallie pas, en revanche, à la position de l'auteur qui semble assimiler *soft law* et « pré droit » (*ibid.*, p. 543) ou « infra-droit » (p. 545) : *hard* au *soft*, il s'agit toujours de *law*... – ceci soit dit en écho à l'aphorisme souvent cité de Prosper Weil : « pas plus qu'avec trois fois rien on ne fait quelque chose, l'accumulation de non-droit ou de prédroit ne suffit à elle seule à créer du droit » (« Vers une normativité relative en droit international ? », *op. cit.* note 2, p. 12).

Ce sont aussi les raisons qui, dans certains cas, imposent de recourir au *soft law* plutôt qu'à des instruments plus contraignants. Elles sont particulièrement prégnantes dans la sphère internationale. C'est que, « [a]ll law is an instrument of social order, and therefore closely tied to the structure of the society which it seeks to regulate »⁴⁸. Or, même si elle n'est pas que cela, la société internationale se caractérise encore largement par la juxtaposition d'entités qui se veulent « souveraines par-dessus tout »⁴⁹. Jaloux de leur souveraineté, soucieux de ne pas se voir imposer d'obligations qu'ils n'auraient pas volontairement acceptées (et ce, d'autant plus, qu'ils pourraient y être piégés), les États voient dans le recours au *soft law* une possibilité de manifester des positions, ou des aspirations, sans se lier juridiquement. Comme le note à très juste titre le Conseil d'État dans son superbe rapport de 2013, « [e]n droit international plus encore que dans les autres branches du droit, l'application effective d'un instrument juridique ne dépend guère de son appartenance au droit dur ou au droit souple... »⁵⁰.

Au demeurant, le besoin de *soft law* est certainement bien plus grand aujourd'hui qu'il l'était naguère. Dans une société interétatique homogène, dans laquelle tous les États adoptent des systèmes politiques identiques ou en tout cas voisins, et bénéficient d'un niveau de développement comparable, il est plus aisé de dégager un consensus sur des intérêts communs et les moyens de les satisfaire que lorsque les composantes de la société internationale se réclament d'idéologies différentes et souvent, inconciliables, et que la richesse y est très inégalement répartie. Comme je l'ai écrit ailleurs, « [a]t periods when a State or a group of States exert an obvious domination, variations will be slow and limited and a threshold of law can be said to exist. (...) Things change when the power of the dominant group is disparaged and challenged. The picture becomes confused. A blossoming of soft law reveals both the hopes of the weakest and the capacity for resistance of the dominant. No State or group of States can impose its views, none is fully satisfied, but all resign themselves. They do not will: Rather, they consent »⁵¹. D'où la faveur dont a joui le droit souple depuis 1945 – peut-être même 1919 : la guerre froide, puis l'accession à la souveraineté de nombreux États sous-développés ont miné le consensus global. Et il est fort significatif que la chute du mur ait entraîné un pic de

48. FRIEDMAN W., « General Course in Public International Law », RCADI vol. 127, 1969, p. 47.

49. DE BEAUMANOIR P., *Coutumes de Beauvaisis*, 1283, par. 1043, reproduit aux éd. A. Picard, Paris, 1900, T. II, p. 23.

50. CE, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, p. 24.

51. PELLET A., « The Normative Dilemma – Will and Consent in International Law », Rapport au colloque de Canberra 1990, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1992, p. 46.

hard law illustré par l'activisme conventionnel du début des années 1990, mais que cette embellie se soit dissipée avec le renouveau de la « guerre tiède » et l'assurance revendicative prise par les BRIC et autres puissances émergentes. « The main usefulness of soft law rests in the possibility of thus overcoming a deadlock in relations between States pursuing conflicting ideology and/or economic aims. »⁵².

B. Entre tactique et résignation

Cela étant, le phénomène d'assouplissement du droit est loin d'être uniforme. Il varie selon les périodes ou les domaines considérés.

Il n'est pas douteux par exemple que feu le droit international du développement ait été, durant les années 1970 et 1980, un domaine privilégié du droit mou⁵³. Le contexte politique international l'expliquait et l'imposait. Il était marqué par l'accession à l'indépendance des anciens pays colonisés dont le niveau de développement était sans commune mesure avec celui des anciennes puissances administrantes. Logiquement et légitimement, les nouveaux États indépendants ont contesté les fondements mêmes de l'ordre juridique international, tout particulièrement, mais pas exclusivement, en matière économique. À cette fin, ils ont utilisé ce qu'ils pensaient être leur meilleur atout : la force du nombre. Ce faisant, ils se fondaient sur le concept d'égalité souveraine – qui, en effet, jouait à leur avantage – mais ils sous-estimaient l'inégalité réelle de puissance entre les États du « centre » et ceux de « la périphérie ». C'est pourquoi, le « Nouvel ordre économique international » proclamé par quantité d'instruments juridiques aussi solennels que « mous » n'a jamais, en tout cas dans sa globalité, accédé au droit effectif.

Dans le monde contemporain, le droit souple tient une place particulière dans le domaine du droit de l'environnement. Cela s'explique aisément : d'un côté, il est impératif de prendre des mesures collectives à l'échelle de la planète pour éviter des catastrophes apocalyptiques, que ce soit en matière de changement climatique ou de biodiversité ; de l'autre, l'énormité des enjeux économiques (souvent nationaux), l'irresponsabilité passée des grandes puissances économiques, les critiques dont elle fait l'objet de la part des États émergents et le coût des adaptations nécessaires qui dépassent de beaucoup les possibilités de financement des pays pauvres,

52. SEIDL-HOHENVELDERN I., « International Economic "Soft Law" », RCADI vol. 163 (1979-II), p. 193.

53. V. PELLET A., « Le bon droit et l'ivraie, plaidoyer pour l'ivraie », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; Méthodes d'analyse du droit international – Mélanges offerts à Charles Chaumont*, 1984, p. 488.

compliquent singulièrement l'adoption d'instruments conventionnels imposant des obligations strictes aux parties. Il faut donc se rabattre, bon gré mal gré, vers un consensus mou indiquant des orientations générales, des conduites souhaitables, dont on espère qu'émergera progressivement une « pratique générale acceptée comme étant le droit » ou qu'elles créeront les conditions propices à l'adoption d'un traité en bonne et due forme énonçant des règles juridiquement obligatoires.

Le rapport du Conseil d'État décrit bien le processus :

« En matière de lutte contre le changement climatique, la conférence de Copenhague de 2009 n'a pu parvenir à l'objectif initialement fixé d'un accord étendant à l'ensemble des principaux pays émetteurs, notamment les États-Unis et la Chine, la logique du protocole de Kyoto⁵⁴, consistant dans la définition d'engagements quantifiés et juridiquement contraignants de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Dans ce contexte, le recours au droit souple peut apparaître comme un autre mode de régulation, plus adapté selon certains aux fortes différences d'intérêts et parfois de valeurs entre les grands acteurs mondiaux. La conférence de Copenhague s'est ainsi conclue par l'adoption d'un accord entre les 28 principaux émetteurs, fixant un objectif général de limitation de la hausse des températures à 2 °C et demandant à chaque pays de prendre des engagements volontaires de réduction de ses émissions. La conférence de Cancun tenue l'année suivante a entériné cette approche basée sur le volontarisme et l'absence de contrainte juridique, qualifiée d'approche ascendante ou *bottom-up* (les objectifs sont définis par les engagements volontaires de chaque État) par opposition à une approche descendante ou *top-down* (les objectifs sont définis en fonction de la nécessité constatée par les experts scientifiques et répartis entre les États en fonction de leur part dans les émissions)⁵⁵ »⁵⁶.

Considéré comme un grand succès, le traité de Paris adopté par la COP 21 s'inscrit dans la même perspective. Certes, il s'agit d'un véritable traité, entré en vigueur le 4 novembre 2016 et posant des conditions strictes à sa dénonciation⁵⁷. Mais il n'en contient pas moins des obligations très *soft*.

54. « Conclu en 1997, il ne comporte d'engagements de réduction des émissions que pour les pays développés, principalement l'Union européenne, le Canada, la Russie, le Japon et l'Australie; les pays en développement sont dispensés d'engagements; quant aux États-Unis, ils ont signé le protocole mais ne l'ont pas ratifié. Entré en vigueur en 2004, il fixe des engagements pour la période 2008-2012 » (note 180 du rapport cité ici).

55. « Cf. Centre d'analyse stratégique, *Où vont les négociations climatiques internationales*, nov. 2012, et DEFLESSELLES B. et LAMBERT J., *Rapport d'information sur les négociations internationales relatives au changement climatique, commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale*, nov. 2012 » (note 181 du rapport cité ici).

56. CE, *Le droit souple, Étude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, p. 89-90.

57. Conditions, dont il est loin d'être acquis qu'elles seront respectées par les États-Unis de M. Trump, suite à leur retrait annoncé le 1^{er} juin 2017. V. article 28 de l'*accord de Paris*, préc.

La majorité des articles sont rédigés au conditionnel et ne renferment que des obligations de moyens⁵⁸ et il fait essentiellement appel à des contributions volontaires⁵⁹. En outre, contrairement au protocole de Kyoto⁶⁰, l'accord de Paris ne contient aucun mécanisme de sanction, mais un « cadre de transparence renforcé des mesures et de l'appui, assorti d'une certaine flexibilité »⁶¹.

Par contraste, il est des domaines dans lesquels le *soft law* semble n'avoir pas de place ou, en tout cas, avoir été éclipsé par du droit conventionnel « dur ». Tel semble être le cas de la protection internationale des droits de l'homme – du moins en ce qui concerne les droits civils et politiques, objet de maints traités, largement ratifiés, imposant des obligations strictes aux parties. Il y a là d'ailleurs un exemple de « durcissement » progressif mais rapide des normes en question : sur le plan mondial, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a été la matrice à partir de laquelle ont été élaborés et adoptés non seulement les deux Pactes de 1966, mais aussi les conventions thématiques relatives à certaines catégories de droits ou de personnes; et au niveau régional même on peut noter une tendance à la juridictionnalisation accrue de la protection des droits. La pression des opinions publiques, l'activisme des ONG, le poids dominant des États occidentaux expliquent sans doute cette prédominance du *hard law*. Mais elle ne doit pas faire illusion : les traités de droits de l'homme sont ratifiés; cela ne veut pas dire qu'ils sont respectés; les États les plus dictatoriaux espèrent se donner un brevet de démocratie en y adhérant, mais ils se gardent bien d'accepter des systèmes de contrôle contraignant. De l'art de transformer du droit dur en droit mou...

Je l'ai dit en commençant, le recours au droit mou relève du choix des États – mais, parfois libre, ce choix est souvent contraint par la « nature des choses » ou le contexte géopolitique international. Dans ce cas, il sera en général collectif même si, individuellement, tel ou tel État peut s'employer à amollir autant que faire se peut le droit dur par lequel il a imprudemment accepté de se lier : faute de pouvoir se retirer du traité, il refusera de se soumettre aux mécanismes de contrôle dont il pourrait être assorti ou il le

note 7: « 1. À l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Accord à l'égard d'une Partie, cette Partie peut, à tout moment, le dénoncer par notification écrite adressée au Dépositaire.

2. Cette dénonciation prend effet à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date à laquelle le Dépositaire en reçoit notification, ou à toute date ultérieure pouvant être spécifiée dans ladite notification ».

58. V. *supra*.

59. Accord de Paris, préc. note 7, articles 3 et 4.

60. Protocole de Kyoto, adopté le 11 déc. 1997, entré en vigueur le 16 févr. 2005.

61. Accord de Paris, préc. note 7, article 13.

violera en toute impunité faute qu'existent de tels mécanismes. Face à de telles dérives, on en vient à penser qu'une dénonciation du traité, fût-elle juridiquement discutable, constitue un pis-aller plus franc et plus acceptable qu'une violation cynique – avec l'espoir que l'État redevenu non-partie sera ensuite rattrapé par le *soft law*...