

le portique

Le Portique

Revue de philosophie et de sciences humaines

15 | 2005

La Loi

L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit

Filippa Chatzistavrou



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/leportique/591>

ISSN : 1777-5280

Éditeur

Association "Les Amis du Portique"

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2005

ISSN : 1283-8594

Référence électronique

Filippa Chatzistavrou, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique* [En ligne], 15 | 2005, mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/leportique/591>

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Tous droits réservés

L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit

Filippa Chatzistavrou

- 1 Dès les années 1970, le paysage international a été marqué par la forte expansion et l'institutionnalisation de l'activité politico-juridique aussi bien que par des changements dans les modes de fabrication du droit public. Dès cette époque, les juristes remarquaient la prolifération progressive de certains instruments, appelés instruments du *soft law*, dont la portée juridique et politique, contrairement au droit des traités, n'était pas clairement définie.
- 2 En matière de théorie générale du droit, il y a règle de droit lorsque le non-respect d'une prescription entraîne une sanction négative – la règle de droit étant une norme créatrice d'obligations, à savoir l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Cette sanction est en principe prévue d'avance par les textes en vigueur. Elle est mise en œuvre grâce à des procédures de contrainte. Dans ce cadre, la règle est rendue obligatoire par l'autorité publique au moyen de sa contrainte indépendamment de la forme qu'elle prend¹. Par conséquent, un texte ou un instrument international qui a une force obligatoire, produit un effet de droit, une modification quelconque dans l'ordonnement juridique existant, lorsqu'il crée, confirme ou consolide une situation juridique.
- 3 Mais l'évolution des pratiques juridiques au niveau international a conduit à ce que le droit dur ne soit pas l'instrument juridique le plus typique. Face au droit dur qui restreint le comportement des acteurs, mais aussi leur action souveraine, le *soft law* propose des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou moins incertaines. Ces instruments sont en particulier modulables selon les préférences, les intérêts ou les valeurs des acteurs et leur force d'influence.

- 4 Nous allons nous pencher en premier lieu sur les paramètres du paysage international contemporain, afin d'expliquer l'ascension du *soft law* dans les pratiques internationales. Nous tenterons dans un second temps de mesurer la portée de la notion de juridicité atténuée qui constitue le principal attribut du *soft law* d'un point de vue conceptuel. Enfin, pour mieux comprendre les raisons de son usage croissant dans les enceintes de coopération internationale, nous montrerons que les avantages fonctionnels et pratiques que recèle le *soft law*, accroissent au final la marge d'action gouvernementale au niveau international.
- 5 Paradoxalement, l'importance croissante du droit au niveau international privilégie surtout des phénomènes d'inflation juridique et se manifeste par une multiplication des textes et par des changements accélérés de leur contenu. Cette évolution loin de renforcer l'État de droit, menace un aspect essentiel de l'activité internationale : sa sécurité juridique. Cette constatation trouve sa source d'explication surtout dans le fait qu'en matière de droit international contemporain, l'apport normatif (droit dérivé et actes unilatéraux) des Organisations Internationales est particulièrement diversifié.
- 6 Dans la littérature récente, est proposé un concept intéressant et assez proche de la réalité internationale, celui de la « variabilité de la légalisation ² ». Le concept de la « légalisation variable » restitue la multiplicité des modes de coopération au niveau international où l'institutionnalisation est diversifiée. Selon le degré d'institutionnalisation, la norme est plus ou moins contraignante (degré de force juridique), élaborée plus ou moins de façon précise (degré d'engagement précis) et accompagnée ou non d'une sanction (degré de délégation d'autorité) ³. Cette optique de « légalisation » graduelle est éloignée de la vision classique du droit, laquelle exige son application par un pouvoir souverain, centralisé et coercitif. Cette même vision traite la souveraineté étatique comme résultante du degré de sa remise en cause sur le plan international : la souveraineté étatique est fonction décroissante du degré d'institutionnalisation au niveau international.
- 7 Dans le cadre de ce paysage international, le développement de l'usage du *soft law* conduit à ce que les concepts traditionnels du droit en tant que contrainte ou limite, cèdent la place à une gamme juridique à graduation diversifiée face au droit dur inscrit dans les textes ⁴. Deux types d'explications sous-tendent cette évolution. D'un côté, les acteurs internationaux ont de plus en plus besoin d'instruments normatifs adaptés et différenciés, en fonction de la nature et du niveau de l'action entreprise. De l'autre côté, les gouvernements nationaux préfèrent souvent éviter les engagements contraignants au niveau international, afin de limiter la délégation de leur autorité à d'autres centres de pouvoir ⁵.
- 8 Le concept de *soft law* est apparu dans le droit international public au début des années soixante-dix. À l'époque, la réflexion sur les sources du droit international public s'est accélérée, en se focalisant sur deux problèmes, devenus prééminents, la place des résolutions dans les organisations internationales et le caractère inapproprié du droit coutumier. Concernant le *soft law*, il était malaisé de qualifier juridiquement des actes non obligatoires adoptés d'un commun accord par la collectivité de certains États en vue de définir des principes et des orientations politiques. Etant donné qu'il ne s'agissait pas du droit conventionnel, la qualification « d'actes unilatéraux internationaux » semblait être inoffensive.

- 9 Au début des années 1980, l'intérêt pour le *soft law* devient plus général et change un peu d'orientation. Entre 1974-1984, la pratique étatique, à savoir le recours à des instruments internationaux, qui n'ont pas la forme des traités, mais qui disposent d'une portée politique et, peut-être juridique, devient un objet d'étude ⁶.
- 10 La vaste gamme d'instruments, offerte par la doctrine du droit international public, jouent un rôle moins limité qu'on ne le croît dans les processus normatifs courants du droit international public. Ainsi, les engagements peuvent recouvrir une large gamme d'actes, dont la dénomination reste très confuse ; ces actes représentent néanmoins des « instruments d'action normaux » ⁷. Ils revêtent des formes hétérogènes et reçoivent des dénominations variées. Le caractère subsidiaire de ces actes est bien illustré dans les terminologies proposées par d'éminents juristes.
- 11 R. J. Dupuy traduit la notion de *soft law* comme *droit mou* (ou *droit vert*) ⁸. Ces deux traductions présentent deux fonctions qui ne coïncident pas nécessairement. Le *droit mou* se réfère plutôt au caractère *infra-juridique* d'une règle de conduite, et le *droit vert* inclut plus une connotation temporelle et se réfère à la possibilité que le *soft law* puisse impulser le développement du *hard law* (le *soft law* comme arrière-plan de la création d'une règle du droit dur). P. Pescatore avait proposé la dénomination de « *droit vague* » et F. Rigaux de « *droit assourdi* » (*immature*). Q. D. Nguyen appelle ces actes « *actes concertés non* » ⁹. Il les distingue de l'ensemble des résolutions des organisations internationales. Celles-ci sont des actes unilatéraux – terme classique dans toutes les organisations internationales – imputables à l'Organisation qui les adopte, ceux-là émanent de deux ou plusieurs sujet de droit. Il met l'accent sur le fait qu'il s'agit du résultat d'une négociation dont de l'effet à l'égard des tiers pose problème.
- 12 M. Virally préfère la traduction de *droit doux* ¹⁰. Considérant qu'il s'agit d'une sorte de « *pré-droit* », il ajoute dans cet arsenal du *soft law* les considérations, les points de vue, les engagements de bonne volonté. Il s'agit de moyens qui aident de façon appropriée l'action, la consultation, la négociation et la coopération. M. Virally dégage quatre catégories de « textes incertains » : les communiqués conjoints, les déclarations conjointes, les textes concertés au sein d'un organe international, les accords informels. P. M. Eisemann divise les *gentlemen's agreements* en accords informels politiques, interprétatifs et normatifs.
- 13 À la suite du développement, pour certains préoccupant ¹¹, et de la prolifération d'instruments d'action « inclassables » (actes dits « innommés », « *sui generis* » ou même « atypiques »), la pratique a fait l'objet de critiques récurrentes. Selon P. M. Eisemann, l'usage du concept de « *soft law* » « pourrait se révéler dangereux et menacer l'intégrité de l'ordre juridique » ¹². La même peur a été exprimée aussi par Ph. Manin ¹³.
- 14 Dans un effort de rassemblement peut être dressée une liste non exhaustive des instruments du *soft law* : elle comprend les actes à faible caractère contraignant, à savoir les déclarations protocolaires, les résolutions, les communications, les recommandations, les chartes, les programmes, les déclarations d'intention, les *guidelines*, les principes et autres positions prises en commun ou encore, des accords adoptés par les États. Cette liste peut aussi être étendue aux communiqués, aux déclarations, aux conclusions, aux accords informels, aux opinions, aux actes, aux accords inter – institutionnels, aux concertations et aux accords de nature purement politique (*gentlemen's agreements*).
- 15 Le sens même du concept de *soft law* est vague et fluctuant, provoquant, ainsi, une ambiguïté conceptuelle et une incertitude terminologique. Il n'est pas toujours facile de

distinguer ces actes des autres catégories d'instruments juridiques internationaux, puisque ce type d'actes trouve sa source dans le droit international public. Les statuts des Organisations internationales ne définissent pas toujours la portée des actes, laissant de façon implicite la possibilité d'adoption d'autres actes juridiques en dehors de la nomenclature fondamentale. Par exemple, des résolutions de l'ONU sont souvent baptisées « déclaration, charte, programme » sans préciser leur portée juridique.

- 16 Les instruments du *soft law* constituent un moyen subsidiaire du droit international public (art. 38§1d du statut de la Cour Internationale de Justice). En tant que source matérielle du droit international public, ils appartiennent à l'ordre (juridique) international *stricto sensu*. Mais, les actes ou les accords, élaborés avec ces instruments, ne sont pas véritablement régis par les règles du droit international dur, bien qu'il ne s'agisse pas de deux ordres juridiques hiérarchiquement différents ¹⁴.
- 17 Le *soft law* exprimerait un nouveau courant de pensée, une tentative d'appropriation par le droit des actes qui d'ordinaire étaient présentés comme se situant en amont de celui-ci. À travers l'hypothèse d'une *juridicité* naissante, le courant *soft law* entendrait conférer quelque force obligatoire à des instruments juridiques internationaux qui en sont apparemment dépourvus, en utilisant les sources du droit classique. M. Virally ¹⁵ assimile la production d'effets juridiques à l'existence d'un accord ayant pour objet de « définir, modifier ou révoquer des engagements juridiques ». Il a essayé de trouver le seuil de *juridicité* nécessaire pour qu'un texte soit reconnu comme produisant des effets juridiques. Il Néanmoins, lui comme d'autres juristes, F. Roessler ou M. Bothe ¹⁶, concluent qu'il n'y a pas de catégorie intermédiaire entre les textes ayant une portée juridique et ceux qui en sont dépourvus. Selon eux, des normes comme les accords informels ou les déclarations de principes – *normes de facto* – sont des normes de nature *extra-juridique*, n'ayant pas un caractère juridique, comme les normes *de jure* (ex. traités). Par conséquent, d'après ce raisonnement, la force juridique ne peut pas connaître de graduations. Notamment, à ce sujet, M. Virally note qu'il est assez difficile « de parvenir à une distinction nette et rigoureuse entre obligation juridique et absence d'obligation juridique, formulée dans des termes qui permettraient de faire disparaître toutes les incertitudes, le plus souvent volontaires, que recèle la pratique ».
- 18 Pourtant sur le plan de la pratique internationale, il nous semble qu'une distinction, certes subtile, entre le caractère contraignant et la portée ou l'effet juridique d'un acte, peut s'avérer très utile.
- 19 En effet, il est difficile de déterminer toujours si ce type d'actes a un caractère décisoire. La création d'un instrument a toujours un sens qui dénote l'intention des parties, élément très important dans le droit international public. Le langage vague et les déclarations d'objectifs doivent être considérés comme élément indicatif d'une volonté d'éviter des effets juridiques. Par conséquent, la vraie intention des parties ne peut être déduite que du langage de l'instrument et des circonstances associées à sa conclusion et son adoption. Dès lors que l'intention des parties est difficilement décelable, ce qui est souvent le cas, il est utile de définir la portée juridique et le contenu et de ces engagements.
- 20 Les actes du *soft law* sont applicables en vertu des engagements réciproques pris par les parties contractantes. Ils incorporent des règles de conduite, sans pour autant impliquer la création, la préservation, le renforcement, la modification ou l'extinction des droits et des obligations, selon les règles classiques du droit international public. Aux côtés des actes conventionnels à caractère contraignant du droit international qui produisent des droits et des obligations pour les parties, ce type d'actes n'a pas nécessairement ni

immédiatement un caractère juridique, et, par conséquent, ne sont pas forcément contraignants. Le critère discriminant, afin d'identifier la nature juridique ou politique d'un engagement n'étant pas toujours aisément repérable, il est nécessaire de mesurer sa portée juridique. En d'autres termes, le fait de constater l'absence de caractère contraignant de ces règles de conduite – ce qui conduit à ce que leur non application ne soit pas forcément soumise à des sanctions¹⁷ et n'engage pas la responsabilité juridique des parties –, ne résout ni n'épuise le problème distinct de mesurer leur portée juridique¹⁸. Un texte ou un instrument international a une portée juridique, lorsqu'il produit un effet de droit, une modification quelconque dans l'ordonnement juridique existant, à savoir quand il attribue un statut juridique, confirme ou consolide une situation juridique.

- 21 Les actes élaborés avec les instruments du *soft law* ont plutôt un caractère programmatique que normatif. Il s'agit d'une sorte de *pré-droit*. Leur contenu est souvent insuffisamment précis et produit, selon I. Seidl-Hohenveldern, des engagements dénoués (« *loose commitments* ». C'est une sorte de « *soft obligation* » (« *soft liability* ») pour laquelle, malgré tout, la sanction n'est pas totalement absente¹⁹. Le caractère *pré-juridique*, *para-juridique* ou pour certains « informel » de ces instruments internationaux, dont la légitimité serait difficilement récusable, serait l'indice d'une forme de « *juridicité atténuée* »²⁰. C'est-à-dire que ces actes établissent des règles de conduite qui indéniablement ne disposent pas d'un caractère contraignant au sens strict du terme du droit dur qui incorpore des droits et des obligations applicables. Mais, ils jouissent d'un statut *infra-juridique*, ce qui n'empêche pas que certaines conséquences juridiques puissent en être logiquement déduites.
- 22 Le recours croissant à ce type d'instruments *infra-conventionnels* rend les problèmes d'interprétation encore plus ardues que ceux concernant le droit traditionnel des traités. La portée juridique, n'étant pas uniforme, doit être déterminée selon les cas et la forme de l'instrument. La qualification d'un acte doit s'appuyer sur la rédaction des clauses formelles²¹. A priori, la forme et la dénomination d'un acte du *soft law* ne font que donner des indications concernant l'étendue de son engagement juridique. La terminologie n'est pas un élément déterminant de la portée juridique d'un acte. L'intitulé d'un accord ne permettant pas de se prononcer sur sa nature juridique, il ne faut pas déduire un lien automatique entre l'appellation et la nature de l'acte²².
- 23 Cette dissociation légère entre la forme et le contenu recouvre deux occurrences potentielles : la politisation de la décision, marquant le cas échéant l'intention d'échapper à la contrainte formelle sans pour autant en atténuer la portée juridique ou la juridicisation de la décision, révélant l'intention de substituer un acte à faible portée juridique au droit dur.
- 24 Ceci veut dire qu'une résolution peut être une simple recommandation, mais aussi un véritable acte juridique ; ou encore que sous l'apparence d'un acte unilatéral se dissimulerait un accord informel entre les États ; enfin, concernant la nature juridique des communiqués, la définition de la portée de ces décisions dépend du caractère des engagements pris. La plupart du temps, les engagements formulés dans les communiqués, sont essentiellement des engagements de nature politique. Même si cela ne les dote pas d'un caractère authentiquement contraignant, cette nature ne leur enlève rien de leur influence de fait. Bien au contraire, l'autorité qui s'attache à la qualité de ceux qui les ont énoncés leur assure un impact au moins aussi réel que celui qui découlerait d'engagements juridiques²³. Ils peuvent fort bien correspondre à des *executive agreements*

- qui lient les gouvernements à travers leurs représentants - et revêtir une valeur juridique.
- 25 De ces exemples multiples il résulte que seul un examen circonstancié des effets de chaque acte permet de déduire sa qualification la plus pertinente. Surtout, qu'il y a risque d'atténuer l'exercice réel du contrôle parlementaire et de développer un climat d'incertitude, comme par exemple, dans le cas où un simple accord politique serait susceptible d'être qualifié ultérieurement de véritable accord juridique.
- soft law*
- 26 L'intention des États et des organisations internationales, qui font usage des instruments du *soft law*, dès lors que cette conduite est jugée conforme, est d'influencer leur conduite mutuelle de façon normative, permissive ou prohibitive. Les actes du *soft law* peuvent imprimer un regain de vigueur à l'activité normative internationale en prolongeant ou élargissant son champ d'application en amont comme en aval. Mais ils peuvent tout aussi bien n'intervenir qu'en tant qu'acte de diversion.
- 27 Une première fonction de ces instruments serait de constituer un préalable à la formulation du droit dur (*hard law*). Ils peuvent constituer des actes préparatoires des décisions sans pour autant constituer une base juridique dérivée.
- 28 Une autre fonction de ces instruments serait de se substituer au droit dur (rôle de substitution). Dans ce cas de figure, la pratique du *soft law* contribue à la préparation du terrain du processus législatif à suivre. Les actes du *soft law* sont sans effet juridique, si ce n'est qu'elles doivent être concrétisées à un stade ultérieur, sous la forme d'actes des institutions. Ainsi, le *soft law* peut contribuer au développement du droit dur ou se substituer à lui partiellement, sans menacer pour autant son intégrité et sa rigueur. Ces actes atypiques servent de code de conduite sur des dossiers compliqués afin d'échapper aux dispositions et permettent parfois de surmonter une impasse. Afin de comprendre l'usage de substitution, prenons le cas d'un acte du *soft law*, la résolution. Lorsque le temps nécessaire à la rédaction d'un texte juridique fait défaut ou que l'accord n'a pas encore pu se faire sur toutes les dispositions envisagées, les parties intéressées peuvent parvenir à se mettre d'accord concernant la rédaction d'une résolution. Cet élément peut contribuer à ce que le droit dur (*hard law*) se substitue, *a posteriori*, au *soft law* qui de toute façon a un caractère controversé²⁴.
- 29 Enfin, une dernière fonction serait d'accompagner un acte institutionnalisé, quand le dossier concerne des matières qui se chevauchent et qui ne permettent pas d'être traitées avec les mêmes outils juridiques (rôle complémentaire).
- 30 Ces trois fonctions mettent l'accent sur deux caractéristiques principales du *soft law*, à savoir sa procéduralité légère (contraintes légères d'adoption) et son caractère « influent ». Ces deux caractéristiques, si à première vue peuvent paraître peu compatibles, confèrent au *soft law*, par leur cohabitation, toute sa spécificité.
- 31 Concernant la première caractéristique d'instruments « allégés », le fait qu'on opte pour ce type d'instrument juridique subsidiaire est aussi la preuve d'une absence de volonté de se soumettre à la contrainte juridique du droit dur, en introduisant des procédures de décision courtes et simplifiées. Les résultats accomplis, par ce type de procédure *douce*, seraient peut être difficiles à atteindre à travers les procédures du droit dur.
- 32 Le *soft law*, à travers son caractère plus ou moins programmatique, procure aussi un cadre de discussions et de négociations futures entre les États. On peut noter le cas d'usage purement « symbolique » que constitue l'annonce d'intentions, afin d'éviter de traiter

vraiment la question en prenant une décision contraignante avec des conséquences lourdes.

- 33 En effet, il permet d'établir un cadre qui incorpore les stades intermédiaires d'une recherche de consensus. La prise de décision est basée sur le pur consentement. Il est plus simple d'accorder son consentement à un acte dont on sait qu'il comporte peu d'engagement juridique. Le consentement témoigne aussi de l'intérêt politique des parties qui souhaitent montrer qu'elles cautionnent certaines politiques, sans être obligées de s'engager du point de vue strictement juridique et de s'octroyer des droits et des obligations. Ainsi, comme nous l'avons vu, ces actes influent pour certains sur l'adoption d'actes obligatoires ultérieurs du fait qu'ils constituent un premier pas vers le consensus politique ²⁵.
- 34 Dès lors que l'obligation, créée par les accords du *soft law*, est principalement politique ou morale, elle n'entraîne que peu de sanctions et d'effets juridiques. L'absence de juridiction obligatoire sur certaines règles de conduite permet aux États de les interpréter. Le fait de soustraire certains actes à la compétence judiciaire peut se révéler assez commode. Par exemple, de nombreuses prescriptions des codes de conduite se prêtent difficilement à une sanction juridique du fait de leur contenu trop vague ou de la nature des comportements visés. Dans ce contexte, un danger surgit concernant les divergences d'interprétation, mais, plus grave encore, les illégalités contre lesquelles il n'y aurait pas de recours.
- 35 Un accord international, à portée non seulement politique et morale, mais aussi juridique, doit avoir l'approbation parlementaire. En revanche, un acte qui dispose d'un poids politique et moral, qui avance souvent des engagements ayant une portée juridique et comportant un certain degré de précision et de spécialisation, n'est pas soumis *de facto* à cette procédure. Cependant, il appartient à chaque État d'apprécier, en se référant à son droit constitutionnel, dans quelle mesure il peut se dispenser de la ratification parlementaire. Un accord qui, dans tel État, doit recevoir l'approbation du Parlement, peut très bien être conclu, dans un autre pays, sous la responsabilité exclusive du gouvernement. Les actes du *soft law* comportent une sorte de clause de ratification de forme conditionnelle ou impérative. La clause qui revêt une forme conditionnelle fait preuve d'une certaine souplesse à ce sujet. Mais, même dans le cas d'une clause impérative, la procédure de mise en vigueur prévue est plus simple que la procédure appliquée habituellement aux traités de droit international et ne prévoit pas l'échange d'instruments de ratification.
- 36 Ce caractère allégué, va de paire avec le caractère « influent » du *soft law*. Ce point *a priori* paradoxal atteste de l'importance du *soft law* dans la communication internationale, en dépit de son caractère faiblement contraignant. Par « influent », nous tentons de cerner le pouvoir d'un acte du *soft law*, au-delà de sa valeur juridique *stricto sensu*. L'absence de caractère contraignant ou l'usage de procédure simplifiée ne doit pas être confondu avec l'importance du contenu (tracer la ligne politique sur une question par exemple).
- 37 Autrement dit, un acte faiblement contraignant peut être politiquement contraignant et influencer comme moyen de pression politique ; ainsi l'opposition d'un État à un acte peut l'obliger à se tenir sur la défensive et à expliquer sa position. Mais, un acte du *soft law* peut être aussi un élément initiateur de la coutume ; c'était le cas avec la Déclaration Universelle des droits de l'Homme. Enfin, un acte du *soft law* peut poser des principes directeurs dans des domaines vierges, destinés par exemple à empêcher l'apparition d'une pratique étatique fondée sur l'égoïsme souverainiste.

- 38 Les deux caractères du *soft law*, caractère allégé et « influent », témoignent d'un décalage entre la souplesse d'usage de ce procédé et le pouvoir d'action qu'il délivre. Au niveau international, le canal prépondérant d'usage et d'application du *soft law* est la branche exécutive. Il s'avère alors important de souligner le paradoxe entre le niveau élevé de l'autorité habilitée à signer ou approuver ces arrangements (Chefs d'État et de gouvernement, ministres des Affaires étrangères ou autres, diplomates ou, lorsque cela est autorisé, hauts fonctionnaires), entraînant des engagements mutuels et légitimes, et le caractère non contraignant de ces derniers. Au-delà de toutes les perplexités d'ordre juridique, d'un point de vue tant procédural que conceptuel que suscite la pratique du *soft law*, cette dernière consacre sa mutation comme instrument d'exercice de pouvoir politique.
- 39 Le paradoxe que fait naître l'usage fréquent du *soft law* peut dès lors être formulé de la sorte : au fur et à mesure qu'il s'installe dans le panorama des transactions juridico-politiques, la consolidation de son statut permet qu'un champ d'action élargi soit mis à disposition des gouvernements nationaux au niveau international. Avec l'extension du canal du *soft law*, résultant d'abord d'une certaine tolérance juridique, l'action gouvernementale, libérée de la contrainte parlementaire et juridictionnelle, peut orienter ou modifier la décision politique au sein des divers forums internationaux. En d'autres termes, bien que les actes du *soft law* disposent une portée juridique, ces actes se réalisent en s'émancipant des contraintes des mécanismes internationaux – le contrôle juridictionnel et l'approbation parlementaire – qui, normalement, s'imposeraient selon les règles du droit international. Le fait qu'ils se produisent hors des contraintes afférentes aux mécanismes internationaux, donne une marge de manœuvre importante aux gouvernements en vue de prendre des décisions concertées. Ainsi, l'usage croissant des instruments du *soft law* procure des incitations juridiques pour la création et l'exercice d'un nouveau type de pouvoirs ²⁶.
- 40 Autant l'usage du *soft law* peut-il être perçu comme le symptôme d'un déficit en autorité supranationale des structures décisionnelles au niveau international, autant peut-il être compris comme un canal de coopération entre les États, capable de contribuer à épauler le système là où il est défaillant ou non efficace. Le *soft law*, en engageant les parties par convention implicite, accroît la flexibilité de leur action politique, régule leurs comportements juridiques ou oriente leur action future. En effet, son usage est justifié surtout si les compétences sont rares et le consensus est difficile. Mais, le risque d'en abuser par rapport aux limites que fixent les traités, pour des raisons plutôt politiques, peut contrarier implicitement la procédure décisionnelle prescrite et obligatoire.
- soft law*
- 41 Le flou entre la nature juridique et politique d'un instrument international est à l'origine de la question de la délimitation de la frontière qui sépare du point de vue doctrinal la discipline du droit international public de celle des relations internationales. Certains juristes ont souligné que l'usage du *soft law* entraîne dans un sens le risque de « juridicisation » des relations politiques internationales.
- 42 L'élaboration de normes au plan international pose un certain nombre de problèmes juridiques, politiques et techniques. Paradoxalement, l'usage du *soft law* connaît un fort développement, sans pour autant que cela soit le reflet d'un manque de dispositions précises prévues dans les traités concernant un domaine politique. Dans la doctrine, l'introduction du concept de *soft law* a été considérée comme évinçant la volonté des États

de faire usage du droit dur. Nombre d'observateurs ont de surcroît stigmatisé l'affaiblissement du droit dur qui résulte de « l'adoucissement » de règles définies auparavant strictement. En d'autres termes, ces pratiques infra-juridiques sont caractérisées par une permissivité concernant l'applicabilité des principes généraux du droit international. Ainsi, s'affirme la crainte que les actes du *soft law* supplantent les formes juridiques qui seules peuvent arrêter des dispositions juridiquement contraignantes.

- 43 Lorsqu'il s'agit de contrer la propension des acteurs (publics et privés) à faire cavalier seul et, pour les plus puissants, à tourner les règles à leur avantage, voire à chercher à les définir en fonction de leurs seuls intérêts, le droit international contemporain peut s'avérer inopérant à force de privilégier l'usage d'actes non contraignants. Cependant, sans négliger ce risque de « juridicisation » des relations politiques internationales, à travers ces pratiques infra-juridiques, le droit peut éventuellement évoluer ou même se modifier de façon *coutumière*.
- 44 La diversification normative qu'apporte le *soft law* soulève le problème de la qualification et du rattachement des normes issues de ces pratiques infra-juridiques. Le *soft law*, constituerait-il une catégorie normative entre le droit et le non droit ? Le fait d'établir une hiérarchie entre les sources normatives conduit à imposer un ordre formel de priorités grâce auquel une norme prévaut sur une autre. Ce qui a comme conséquence que la conformité à la première constitue le critère de légalité de la seconde. Un réarrangement relativement ordonné et rationnel des différents actes pratiqués au sein du système juridique international, sans qu'il soit lié à la définition d'une hiérarchie préalable entre eux, permettrait d'opérer une distinction basée sur la fonction qu'ils exercent et sur l'autorité dont ils émanent.
- 45 Mais la variabilité de la « légalisation » internationale démontre qu'il y a absence d'une hiérarchie des normes et d'un catalogue de sources explicitement incorporé dans les textes ; ceci est la conséquence des choix opérés par l'ordre juridique international. À la conception pyramidale de la hiérarchie des normes (au sens de la cohérence et de l'unité du droit selon H. Kelsen) se substitue celle d'ensembles flous de profusion des normes (conception « éclatée » du droit). Les actes juridiques sont définis quant à leur structure et leurs effets ; mais leur rang respectif, concernant leurs rapports mutuels en fonction de leur degré de force normative, reste flou. Le recours à l'un ou l'autre type d'acte n'est pas lié à leur différence éventuelle de force normative, mais à la fonction et aux finalités que l'on entend poursuivre.
- 46 Dépasser l'idée que le droit implique un système normatif hiérarchisé au niveau international, veut dire que le droit peut être défini non pas seulement comme ordre de contrainte mais aussi comme ordre de contrat. Dans le cas du *soft law*, au lieu de parler de règles de droit, il serait peut être préférable de parler de règles de comportement qui sont établies selon la volonté des parties. Etant donné le fait que ces règles ne sont pas reconnues comme source d'obligations juridiques, elles constituent plutôt un facteur qu'une source de droit. Elles activent au final la fonction politique des parties, celle du pouvoir « de justifier et persuader »²⁷.
- 47 Face à la conception normativiste de H. Kelsen, selon laquelle il suffit que la règle de droit prescrive que sa violation doit être sanctionnée pour qu'elle soit juridique²⁸, cette mutation vers un droit sans contrainte causée par l'usage croissant du *soft law*, montre que l'on doit dissocier la notion de système juridique de celle de sanction. Effectivement, l'application de la sanction constitue l'une des conditions de l'efficacité du droit et non de

son existence. En d'autres termes, la notion de la contrainte et, par conséquent, celle de sanction, n'est pas un élément constitutif mais un élément fonctionnel du système juridique international. Dans un contexte international de droit varié et « éclaté », loin des préoccupations positivistes mais aussi normativistes, la question de la responsabilité internationale des acteurs publics acquiert une importance encore plus cruciale qu'auparavant.

NOTES

- 1.. La coutume aussi devient une coutume juridique, c'est-à-dire une source de droit, à partir du moment où son non-respect entraîne une sanction.
- 2.. K. W. ABBOTT, R. O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER and D. SNIDAL, "The Concept of legalization", *International Organization*, vol. 54, n° 3, Summer 2000, p. 401-419. Nous allons utiliser le terme anglais de « legalization » qui dans ce cadre désigne, non pas l'idée de rendre quelque chose légal, mais la manière dont on produit les normes juridiques.
- 3.. Par exemple, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) est un cadre hautement institutionnalisé puisque des accords internationaux contraignants sont conclus, ayant un mécanisme de résolution des conflits avec un tribunal ayant autorité d'interprétation et d'application de ces accords ; ceci n'est pas le cas pour les agences spécialisées de l'ONU (Unesco, Organisation Internationale du Travail, Organisation Mondiale de la Santé, etc.), où les États acceptent de leur déléguer de l'autorité pour la formulation des larges principes sans aucune force obligatoire.
- 4.. P. M. EISEMANN, « The gentleman's Agreement comme source du droit international », *Journal du Droit International*, 1979, p. 329.
- 5.. K. W. ABBOTT and D. SNIDAL, "Hard and soft law in international governance", *International Organization*, vol. 54, n° 3, Summer 2000, p. 453.
- 6.. À ce sujet voir O. SCHACHTER, "The twilight existence of non-binding agreements", *American Journal of International Law*, n° 71, 1977, p. 296-304 ; R. BAXTER, "International Law in 'her infinity variety'", *International and Comparative Law Quarterly*, n° 29, 1980, p. 549-566.
- 7.. M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 221-223.
- 8.. R. J. DUPUY, « La technique de l'accord mixte utilisée par les Communautés européennes », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1973, p. 259.
- 9.. Q. D. NGUYEN, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 5^e éd., L.G.D.J., 1994, p. 378.
- 10.. M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 224-227.
- 11.. J.-V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROECK, M. WAELBROECK, *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE*, vol. 10 : La Cour de Justice. Les actes des institutions, Collection Etudes européennes, Institut d'études européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 1993, p. 518.

- 12.. P. M. EISEMANN, « Les *Gentlemen's agreements* comme source du droit international », *Journal du droit international*, 1979, p. 326-348.
- 13.. Colloque de la Société française de droit international à Toulouse en 1974, voir les *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1974, p. 409-417.
- 14.. C'est pour cela que ces accords, basés sur des instruments internationaux non conventionnels, ne peuvent pas avoir les implications ou les effets juridiques des instruments du droit international « dur ». Quoiqu'il en soit, ils sont inclus dans la Convention de Vienne sur le droit coutumier des traités [art. 2(a)], conçue pour les instruments juridiques contraignants.
- 15.. M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, II, 1983, p. 166-257 et 328-357.
- 16.. M. VIRALLY, *Sur la notion d'accord*, *Festschrift für Bindschedler* (Mélanges), 1980, p. 159-172 ; F. ROESSLER, "Law, de facto agreements and declarations of principle in international economic relations", *German Yearbook of International Law*, 1978, p. 27-73 ; M. BOTHE, "Legal and non-legal norms. A meaningful distinction in international relations", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, p. 65-95.
- 17.. L'absence de responsabilité, sur le plan juridique, signifie que la non conformité d'une des parties à ces règles de conduite, ne peut pas fonder des revendications de réparation ou des remèdes judiciaires. Ce qui ne veut pas dire que ce type d'accord ne doit pas être pris en compte ou que les parties sont libres d'agir comme si il n'y avait pas cet accord. Il est possible et raisonnable de conclure que les États considèrent comme déterminante une promesse qui n'engage pas, même s'ils en rejettent la responsabilité juridique et les sanctions.
- 18.. K. C. Wellens, G. M. Borchardt, "Soft law in European Community law", *European Law Review*, vol. 14, n° 1, February 1989, p. 274.
- 19.. Un certain nombre de mesures de sanction sont disponibles, sans que leur « softness » les dévalorise pour autant (mécanismes de résolution des conflits concernant l'interprétation, mécanismes de consultation et de rétorsion).
- 20.. Terme emprunté à G. Feuer (voir G. FEUER & H. CASSAN, *Droit international du développement*, 2^e éd., Dalloz, 1991).
- 21.. Par exemple, des formules employées comme « nous sommes convenu de ce qui suit... », « on devrait... » font ressortir le caractère intentionnel et politique d'une résolution.
- 22.. À propos des déclarations contenues dans l'acte final de la Conférence ayant élaboré l'Acte Unique Européen de 1986 (art. 8A), en l'absence d'indications contraires, l'on peut supposer qu'elles constituent des accords interprétatifs non juridiques, ce qui explique qu'elles n'aient pas été incorporées dans le texte du traité.
Pour qu'une promesse, à l'exemple d'une déclaration, oblige juridiquement les États, il faut que les autorités dont elle émane aient compétence pour les contraindre.
- 23.. Le problème est de savoir comment apprécier le caractère spécial de l'écrit. Le communiqué conjoint serait un accord écrit ou un mode de preuve d'un engagement oral. On ne devrait pas exclure de la forme écrite des manifestations moins orthodoxes comme un procès-verbal approuvé ou un communiqué conjoint. Aucune jurisprudence n'a interdit qu'un communiqué soit considéré comme étant un accord international ; par conséquent, la ratification est nécessaire autant que la publication du communiqué.

- 24.. Un appel avec succès à l'effet direct d'une règle donne la preuve positive du caractère de *hard law* de la règle, même si dans le passé, elle a été décrite comme *soft law*.
- 25.. R. BIEBER, B. KAHIL-WOLFF & L. MULLER, *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. III, Book 1, 1992, p. 160-161.
- 26.. K. C. WELLENS & G. M. BORCHARDT, "Soft law in European Community law", *European Law Review*, vol. 14, n° 1, February 1989, p. 309.
- 27.. H. HILLGENBERG, "A fresh look at Soft Law", *European Journal of International Law*, vol. 10, n° 3, 1999, p. 515.
- 28.. Même le droit coutumier au niveau international connaît et pratique des sanctions de forme et de poids variés (à savoir rupture des relations diplomatiques, annulation d'un traité irrégulièrement conclu, mesures de rétorsion, représailles, etc.).
-

RÉSUMÉS

Cet article propose une réflexion autour du *soft law* et de son usage croissant dans les pratiques internationales. En vue de saisir les raisons du déploiement du *soft law*, l'idée d'une graduation de la « légalisation » au niveau international est mise en avant.

Après avoir essayé d'identifier ces actes du *soft law*, l'attention se porte sur leur « juridicité atténuée » qui constitue leur principale spécificité sur le plan conceptuel. Les actes du *soft law* se distinguent des actes conventionnels à caractère contraignant du droit international par le fait qu'ils n'ont pas nécessairement ni immédiatement un caractère juridique, et par conséquent, ne sont pas forcément contraignants.

Le *soft law* se particularise aussi, du point de vue de la pratique, par les différents rôles qu'il remplit par rapport au droit dur. Son usage est favorisé par son caractère « allégé » sur le plan procédural et par sa faculté d'extension de la marge d'action gouvernementale au niveau international.

Enfin, la partie conclusive insiste sur les conséquences sémantiques que l'usage du *soft law* entraîne concernant la notion de la règle de droit. À la conception unifiée et hiérarchisée du droit se substitue une conception « éclatée » du droit où la contrainte n'est plus un élément constitutif, mais fonctionnel de l'ordre juridique international.

This article proposes a reflection on soft law and its growing use in international practices. In order to understand the reasons of the soft law expansion, the idea of the variability of legalization at the international level is put forward.

After trying to identify the soft law acts, our attention is oriented to the "reduced juridicity", which constitutes their main specificity at the conceptual level. The soft law acts are distinguished from conventional restricting acts of international law by the fact that they don't have necessarily or immediately a legal character, and consequently, they aren't systematically restricting.

Soft law is specific also from a practical point of view because of different roles that it accomplishes with regard to the hard law. Its use is favoured by its "light" character at the procedural level and by its faculty of extension of the room of manoeuvre of governments at the international level.

Finally, the conclusion lays particular stress on the semantic consequences the soft law use

involves regarding the notion of law rule. The unified and hierarchical conception of law is replaced by an “exploded” conception of law where the constraint isn’t anymore a constituent but a functional element of the international legal order.

AUTEUR

FILIPPA CHATZISTAVROU

Filippa Chatzistavrou, docteur en science politique et avocate au Barreau de Thessalonique (Grèce). Elle est actuellement chercheuse associée au Groupe de Sociologie politique européenne (GSPE, Université Robert Schuman – IEP de Strasbourg) et elle réalise une recherche post-doctorale au sein de l’Institut des Relations Internationales et Stratégiques (IRIS, Paris) et du Centre d’Analyse comparative des systèmes politiques (CACSP, Université Paris I Panthéon-Sorbonne).