

SOFT LAW ET HARD LAW
DES DROITS DE L'HOMME A L'ONU ?
PERSPECTIVES
PRATIQUE, DIALECTIQUE ET THEORIQUE

OLIVIER DE FROUVILLE*

*Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas,
Membre du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies,
Ancien membre et Président-Rapporteur du Groupe de travail des Nations Unies
sur les disparitions forcées ou involontaires*

Le 4 février 2016, le Groupe de travail sur la détention arbitraire de l'ONU a rendu un avis dans lequel il a considéré que M. Julian Assange, le fondateur de *Wikileaks*, était arbitrairement détenu par la Suède et le Royaume-Uni, du fait de son maintien depuis maintenant plus de trois ans dans les murs de l'ambassade d'Equateur à Londres¹. Il s'agit probablement de l'avis le plus médiatisé du Groupe de travail depuis sa création en 1991, sous l'impulsion de Louis Joinet². Le Groupe de travail s'était déjà prononcé sur quelques cas célèbres toutefois, notamment les assignations à résidence répétées de Aung San Suu Kyi, l'ex-dissidente birmane³. Mais jamais il n'avait retenu autant l'attention dans les medias : il était intéressant d'entendre les réactions « à chaud » des uns et des autres, notamment des gouvernements concernés. Le « statut juridique » du document fit immédiatement l'objet d'un débat, entretenu par le Haut Commissariat lui-même, dont un des fonctionnaires expliquait dans une interview que l'avis du Groupe avait été adopté *sur la base de normes qui liaient* la Grande Bretagne et la Suède, en l'occurrence des normes contenues dans la Déclaration

* Les propos tenus dans cet article n'engagent que l'auteur à titre personnel et ne sauraient représenter le point de vue des Nations Unies, du Comité ou du Groupe de travail.

¹ Avis n° 54/2015 concernant Julian Assange (Suède et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), adopté le 4 décembre 2015, avec l'opinion individuelle dissidente de M. Vladimir Tochilovsky. Doc. A/HRC/WGAD/2015, 22 janvier 2016.

² Voir notamment E. DECAUX (dir.), *L'ONU face à la détention arbitraire. Bilan de six années de fonctionnement du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, Paris, Réseau d'Instituts des Droits de l'Homme, Actes et Documents, n° 2, 1997.

³ Voir Avis 2/2002 du 19 juin 2002 ; n° 9/2004 du 28 mai 2004 ; n° 2/2007 du 5 août 2007 et n° 46/2008 du 28 novembre 2008.

universelle des droits de l'Homme et le Pacte international sur les droits civils et politiques et que, par conséquent, il était *indirectement obligatoire* pour ces Etats⁴. Les gouvernements concernés, de leur côté, mettaient en avant le caractère non obligatoire des « avis » pour en minorer la portée, voire pour leur dénier toute portée⁵. Mais la compréhension du débat par le grand public était bien résumée par cette formule embarrassée d'un article du journal *Le Monde* : « Ses décisions [du Groupe de travail, ndla] ne sont techniquement pas contraignantes en elles-mêmes : le groupe ne peut imposer la remise en liberté d'un prisonnier, mais ses décisions qui sanctionnent une violation des droits fondamentaux, ont un poids important »⁶. Il est révélateur que l'attention du public ne s'attache pas en priorité à la question du caractère *obligatoire* d'un acte, mais plutôt à son caractère *contraignant* : la question importante, pour le public, pour les destinataires du droit en général est : est-ce que l'acte est *effectif*, est-ce qu'il est susceptible d'être effectivement exécuté ? La question du caractère obligatoire du droit n'est-elle pas une querelle réservée aux juristes ?

Cet exemple d'actualité explique rétrospectivement assez bien mon hésitation face au sujet proposé : je me suis aperçu qu'il y avait deux manières de l'aborder. Ma première idée était de relativiser le sujet pour en montrer le caractère assez peu pertinent dans ma pratique d'expert à l'ONU. Et puis, dans un second temps, je me suis aperçu que ces réflexions de praticiens n'épuisaient évidemment pas la question, loin de là, et qu'il était nécessaire d'essayer de tirer quelques conclusions à la lumière de réflexions d'ordre épistémologique ou théorique.

De cette hésitation il résulte un tableau un peu impressionniste, j'en ai peur, qui tente de marier l'expérience pratique (I), l'articulation dialectique (II) et l'élaboration théorique (III) de la distinction entre *soft law* et *hard law*.

⁴ Voir aussi les propos rapportés dans le journal *Libération* le 4 février 2015 : « C'est un organisme très qualifié, dont les décisions s'appuient sur une procédure juridique, insiste Mads Andenas, professeur de droit à l'université d'Oslo, qui en fut le président-rapporteur jusqu'en juillet 2015. Il se prononce sur la conformité aux conventions internationales : s'il juge qu'une situation constitue un cas de détention arbitraire, ce ne peut pas être plus clair. Si la Grande-Bretagne et la Suède décidaient de ne pas suivre une décision, elles mineraient la justice internationale et les Nations unies, et ce serait regrettable. [...] En règle générale, les Etats qui prétendent respecter les droits de l'homme respectent ces décisions, abonde Christophe Marchand [un des avocats d'Assange]. C'est un choix que le Royaume-Uni et la Suède vont devoir faire. Nous espérons qu'ils vont se ranger du côté de ceux qui se conforment au droit international ».

⁵ *Ibid.* : « Pour Londres, rien dans l'avis du Groupe de travail ne justifierait un changement d'attitude vis-à-vis de Julian Assange. Il n'est pas "légalement contraignant", a fait valoir un porte-parole de Downing Street ».

⁶ « L'arbitrage de l'ONU sur Assange sera "sans incidence sur l'enquête", selon Stockholm », *Le Monde* avec *AFP*, 4 février 2016.

I. L'EXPÉRIENCE PRATIQUE DE LA DISTINCTION : LE POINT DE VUE STRATÉGIQUE

Le point de vue stratégique que le praticien adopte nécessairement sur le droit le conduit à réaliser que la problématique de la distinction entre *soft* et *hard law* est propre aux juristes : elle correspond à une perspective *juridico-centrée* ; et il faut comprendre que, de ce fait, elle n'a pas le même écho pour les non-juristes, et en particulier pour les praticiens du droit international à l'ONU, les « diplomates » au sens large, c'est à dire les acteurs de la diplomatie multilatérale, qu'ils soient représentants d'Etats, d'ONG ou d'autres *stakeholders* ou même d'ailleurs experts indépendants – qui n'ont pas nécessairement tous une formation juridique.

Pour les juristes, la distinction entre ce qui est obligatoire et ce qui ne l'est pas revêt une importance cruciale, en ce qu'elle structure leur univers, ou plus exactement délimite l'objet de leur science. Du coup, le juriste a constamment les yeux fixés sur une échelle de mesure unidimensionnelle, qui va du degré le plus bas – le non obligatoire – au degré le plus haut, l'obligatoire : et cette échelle a une dimension axiologique, elle correspond à une échelle de valeur. C'est-à-dire qu'une valeur est attachée à l'évolution du non obligatoire vers l'obligatoire : la norme *progressse* au fur et à mesure où elle gagne en autorité juridique ; et elle atteint le *sommet* de « l'évolution » lorsqu'elle est consacrée par un procédé ou par un acte de « labellisation » de la norme en obligation, comme par exemple lorsqu'elle devient « norme coutumière », ou lorsqu'elle devient « norme conventionnelle » en vigueur pour l'Etat concerné.

Toutefois il semble important que le juriste comprenne – et ceci dans l'intérêt même de sa discipline, pour la garder vivante et signifiante pour les praticiens – qu'il existe d'autres échelles de valeur de la norme, aux termes desquelles celle-ci n'est pas appréciée au regard de son caractère plus ou moins obligatoire. Pour les praticiens, en particulier, la valeur d'une norme réside essentiellement, dans une perspective stratégique, dans sa capacité à venir à l'appui de la revendication d'un intérêt.

Prenons l'exemple du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires des Nations Unies (GTDFI). Il faut rappeler d'abord que le GTDFI est une des procédures spéciales du Conseil des droits de l'Homme : il s'agit d'un organe renouvelé tous les trois ans depuis 1980 et composé de cinq experts indépendants⁷.

⁷ Sur le GTDFI, voir notamment O. de FROUVILLE, « Working out a Working Group : a View from a former Working Group Member », in A. NOLAN, R. FREEDMAN & T. MURPHY (eds.), *The United Nations Special Procedures System*, Brill, à paraître en 2016.

Il faut rappeler également le « double mandat » du GTDFI : un mandat *humanitaire* qui porte sur l'élucidation des cas individuels de disparitions forcées qui sont portés à sa connaissance ; et un mandat *normatif*, qui consiste à superviser la mise en œuvre par les Etats de la Déclaration de l'Assemblée générale de 1992 sur les disparitions forcées à travers diverses techniques.

Ce dont je peux témoigner en tant qu'ancien membre et président-rapporteur du Groupe, c'est que la distinction entre *soft* et *hard law* a généralement assez peu d'importance au regard de la manière dont le GTDFI remplit son mandat. Dans la pratique quotidienne du GTDFI, on ne se pose pas cette question du *soft* ou du *hard*, ça n'arrive presque pas : on cherche à atteindre des résultats, à savoir l'élucidation des cas de disparitions forcées, ou encore une réforme de la législation nationale – et pour ce faire on utilise différents types de procédures.

Certaines de ces procédures jouent sur un registre *coopératif* voire *humanitaire*, d'autres sur un registre *normatif*, par l'invocation de la Déclaration. Et la différence entre les deux est un peu celle qui existe entre les deux manières qu'on a de faire avancer un âne : la carotte et le bâton. L'humanitaire et le normatif sont deux registres de discours, deux modalités d'action, l'une fondée sur l'appel à la sensibilité, l'autre davantage sur l'appel à la responsabilité, y compris par le biais d'une dénonciation de la violation.

Autrement dit, le normatif joue ici comme un bâton – c'est la dénonciation, la *naming and shaming* – et cela permet de faire avancer l'âne vers la carotte, qui est l'approche coopérative ou humanitaire, plus douce d'un point de vue politique pour l'Etat concerné.

Mais ce qu'il est important de comprendre ici, c'est que ce registre normatif existe *quelle que soit la nature* de la norme de référence et plus encore la nature de l'*instrumentum* de référence : le GTDFI, lorsqu'il emploie ce registre pour atteindre ses fins, utilise la Déclaration, contenue dans une résolution de l'Assemblée générale, non au titre de sa valeur *obligatoire* ou pas, mais au titre de sa valeur *normative*, parce qu'elle prescrit effectivement des normes de conduite que le Groupe de travail prescrit à son tour aux Etats de respecter et de mettre en œuvre. Le Groupe de travail dit donc : « Les Etats ont l'obligation... », sans développer au cas par cas une réflexion sur la valeur obligatoire de telle ou telle norme de la Déclaration⁸.

⁸ Un exemple parmi beaucoup d'autres : dans ses observations sur la Fédération de Russie du rapport annuel de 2014, le Groupe de travail « constate avec préoccupation qu'au cours de la période considérée, il a transmis trois appels urgents » et « rappelle au Gouvernement les obligations qui lui incombent de prévenir et d'éliminer les disparitions forcées ». A/HRC/27/49, § 92.

Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il qualifiera telle ou telle norme au titre d'une source du droit international – par exemple la coutume et dans ce cas une telle qualification est utilisée comme un artifice rhétorique pour asseoir un peu plus l'obligation ou justifier qu'il y soit recouru dans un cas particulier. Par exemple, dans son Observation générale sur les disparitions forcées en tant que crime contre l'humanité⁹, le Groupe de travail se penche sur le Préambule de la Déclaration de 1992 dans lequel il est affirmé que « la pratique systématique [des disparitions forcées] est de l'ordre du crime contre l'humanité ». Pour ce faire, il considère « que cette disposition doit être interprétée en tenant compte de l'évolution du droit depuis 1992 ». A la lumière notamment du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI, de l'article 7 du Statut de Rome et de l'article 5 de la Convention de 2007 sur les disparitions forcées, il arrive à la conclusion que « le quatrième alinéa du préambule de la Déclaration de 1992 n'est plus conforme au droit international en vigueur ». Il se penche alors sur la jurisprudence des tribunaux internationaux et constate que les éléments dégagés dans leur jurisprudence ont été repris au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de Rome. Or le Statut a été ratifié par plus d'une centaine d'Etats et le texte du paragraphe 1 de l'article 7 a été inclus dans les statuts d'autres tribunaux internationaux ou hybrides. Le Groupe de travail se dit donc « convaincu que la définition donnée au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale traduit désormais le droit international coutumier et peut par conséquent être utilisée pour interpréter et appliquer les dispositions de la Déclaration ». On voit par conséquent, dans cet exemple, que l'invocation de l'obligation – ici coutumière – a pour objet de soutenir l'interprétation que le Groupe de travail entend faire de son propre instrument de référence.

On pourrait en rester là et conclure que le débat sur la *soft law* est une querelle essentiellement scientifique, d'ordre épistémologique, mais sans impact réel sur les rapports sociaux puisqu'en vérité elle n'intéresse pas vraiment les acteurs du droit. Mais ce serait évidemment un peu court. Comme on le voit avec l'exemple du Groupe de travail, ne serait-ce que dans leur pratique argumentative, les acteurs du droit utilisent évidemment l'argument du caractère obligatoire ou pas d'un acte : ils tentent de minorer ou de majorer son impact, en fonction des buts qu'ils poursuivent, en se référant à sa valeur juridique. Même si la valeur juridique n'est pas nécessairement – ou même pas principalement – un facteur d'effectivité de l'acte, elle demeure un argument important dans l'argumentation des « plaideurs ». Et lorsqu'on se trouve dans un milieu social relativement

⁹ Contenue dans le rapport du Groupe de travail de 2009, A/HRC/13/31 et dans la compilation des observations générales du Groupe de travail que l'on peut trouver sur le site.

consensuel, on peut même espérer que la différenciation entre ce qui est obligatoire (*hard*) et ce qui ne l'est pas (*soft*) puisse mettre fin à un différend, soit sur l'état du droit en vigueur, soit sur la situation juridique respective de tel ou tel sujet dans telle ou telle circonstance. C'est pourquoi, l'opposition entre *hard* et *soft law* vaut tout de même la peine qu'on la considère plus sérieusement – même le « praticien » du droit ne peut pas se contenter de l'écartier du revers de la main, car il pourra lui-même être amené à y recourir dans sa pratique !

II. L'ARTICULATION DIALECTIQUE DE LA DISTINCTION : « TENIR ENSEMBLE » LE *SOFT* ET LE *HARD*

Il revient aux organisateurs de ce colloque le mérite de ne pas avoir laissé la définition de la *soft law* dans le vague, mais d'avoir établi une définition comme hypothèse de départ. C'est la même définition que celle qui a été choisie par les auteurs de la chronique à la R.T.D.H., à savoir : « l'absence totale ou partielle de force juridiquement obligatoire et contraignante (*soft*) et le caractère prescriptif (*law*), c'est-à-dire le fait de chercher à orienter le comportement des destinataires »¹⁰.

Selon les organisateurs, la *soft law* c'est donc de la « *law* », c'est à dire une norme, avec un caractère prescriptif – c'est donc du droit ; mais c'est du droit non obligatoire.

Il y a évidemment quelque chose de problématique dans cette manière de voir les choses – on le sent intuitivement : avec cette dichotomie, on semble affirmer dans un même mouvement qu'il peut y avoir du droit non obligatoire, *mais en même temps* que le caractère obligatoire d'une norme est un critère de la juridicité, ou en tout cas de la « bonne juridicité », ou de la juridicité de « qualité », par opposition à une juridicité dégradée ou de mauvaise qualité. Cette intuition était déjà présente lorsqu'Alain Pellet assimilait la distinction entre *soft* et *hard law* au tri entre le bon grain de l'ivraie et élaborait un « plaidoyer pour l'ivraie »¹¹.

C'est donc le dualisme qui constitue le problème – et l'on se trouve face à une complication épistémologique assez classique, en particulier en sociologie – mais la difficulté est en réalité tout autant applicable au droit : face à une réalité mouvante, foncièrement dynamique, les typologies, en

¹⁰ M. AILINCAI (dir.), « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux (juin 2014-juin 2015) », *RTDH*, n° 105, 2016, p. 187.

¹¹ A. PELLET, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984, pp. 465-493. En réponse à l'article non moins fameux de Prosper WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *R.G.D.I.P.* 1982, pp. 5-47.

particulier lorsqu'elles prennent la forme de dualismes, sont toujours insuffisantes. D'un côté nous avons besoin de typologies, y compris de dualismes, comme points de repères, comme bouées pour l'esprit ; de l'autre nos typologies tendent toujours à réifier la vie sociale qui est faite d'interactions, de tensions, d'actions et de réactions¹² ...

Une solution à cette difficulté réside dans la dialectique, c'est à dire une manière de penser qui s'efforce de tenir ensemble les catégories, et non pas de les penser comme s'excluant mutuellement¹³. On a évoqué Erlich hier, et Malinowski, mais on peut aussi revenir sur les travaux de sociologie de Georges Gurvitch qui s'est toujours efforcé de forger des catégories et en même temps de maintenir une pensée dialectique apte à rendre compte du jaillissement de la vie sociale¹⁴. Gurvitch distingue ainsi entre un « droit organisé » et un droit « inorganisé », mais pour mieux rendre compte de ce à quoi cette distinction renvoie, il utilise la métaphore des couches géologiques : ainsi le droit organisé est « superposé » à un droit inorganisé qui lui est sous-jacent et « tout droit inorganisé a toujours une tendance à se recouvrir d'une pellicule plus stable et plus froide de droit organisé. Entre ces deux paliers fondamentaux de la réalité juridique subsiste, cependant, une tension perpétuelle, dont les degrés d'intensité sont extrêmement variables. Cette tension vient du fait que le droit organisé, dans son schématisme réfléchi, ne peut jamais exprimer entièrement le droit inorganisé à la fois plus dynamique et plus riche en contenu, ce dernier droit pouvant subsister sans cette croûte organisée, tandis que l'inverse est impossible »¹⁵.

Il faut attirer l'attention ici sur le vocabulaire choisi par Gurvitch : « couches », « superposition », « pellicule » plus froide sur un contenu « chaud » et par conséquent en mouvement. Idée aussi de « croûte » organisée, comme la croûte terrestre.

Il n'est pas nécessaire d'avoir de grandes connaissances en géologie pour savoir que le magma en fusion qui se trouve dans les entrailles de la terre rejaillit parfois à la surface et perce la croûte et la transforme... L'image de

¹² En 1998 Emmanuel Decaux attirait l'attention sur les dangers d'une telle approche binaire et invitait à observer le « droit déclaratoire » et le droit conventionnel dans leurs interactions : « Une vision manichéenne du droit – opposant l'être du droit conventionnel et le néant du droit non conventionnel – nous conduit ainsi trop souvent à ignorer les grandes évolutions en cours [...] ». E. DECAUX, « De la promotion à la protection des droits de l'Homme. Droit déclaratoire et droit programmatore », in SFDI, *La protection des droits de l'Homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 86.

¹³ Il s'agit ici, bien entendu, d'une dialectique comme *méthode* et non comme *système*, et d'une dialectique *ouverte* et non orientée vers le progrès, pour reprendre les distinctions et la méthode magistralement exposées par René-Jean Dupuy dans *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, Unesco, 1986, pp. 29-33.

¹⁴ G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Dalloz, 1940, reprint 2012.

¹⁵ *Ibid.*, p. 169.

Gurvitch est parlante et à mon avis très vraie : le droit, ça n'est pas seulement cette « pellicule » refroidie sous la forme des normes coutumières bien établies ou des obligations conventionnelles auxquelles les Etats ont consenti : le droit c'est aussi ce magma de normes encore sujettes à délibération et à discussion, encore changeantes dans leur contenu ou dont l'interprétation est encore controversée... Et il n'y a pas de séparation étanche entre les deux « couches » : elles sont en contact permanent, et l'une agit sur l'autre, la remue, la travaille, la modèle, déstabilisant la couche supérieure pour la transformer, parfois de manière soudaine, parfois après une lente évolution. On ne peut donc pas séparer les deux couches, ou dire que l'une n'est pas l'autre : la couche superficielle extérieure est le produit et est fonction de la couche inférieure.

Cette image nous aide aussi à comprendre qu'il est impossible de séparer *soft* et *hard law* : les deux font effectivement partie du même ensemble « droit » et sont en interaction continue.

J'aimerais illustrer cette interpénétration à nouveau en évoquant ma pratique, cette fois au sein du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies.

Il faut d'emblée comprendre que l'on se trouve dans un cadre normatif complètement différent de celui du GTDFI – ce qui montre bien, s'il le fallait encore, qu'il n'est pas possible de mettre ces deux types de mécanismes « dans le même sac » de la *soft law* et qu'en fait il n'existe pas en soi de *soft law*, mais que ce terme ne prend sens que si on l'oppose dialectiquement à ce qui, dans le même mécanisme, relève du droit dit « dur ».

Le Comité, faut-il le rappeler, est établi par le Pacte international sur les droits civils et politiques, un traité international, et ses fonctions lui sont confiées soit par le Pacte soit par le premier protocole facultatif pour ce qui est de l'examen des communications individuelles. L'article 40 du Pacte qui régit la procédure des rapports périodiques prévoit que le Comité « adresse aux Etats parties ses propres rapports, ainsi que toutes observations générales qu'il jugerait appropriées ». Et l'article 5 du Protocole facultatif stipule qu'au terme de la procédure d'examen d'une communication individuelle : « Le Comité fait part de ses *constatations* à l'Etat partie intéressé et au particulier ».

Alors, certes, nulle part dans ces dispositions, le terme « obligatoire », ou le terme de « décision » et encore moins celui de « jugement » ne sont mentionnés. Pour autant cela ne règle pas la question.

D'abord, s'agissant de l'examen des rapports, ne peut-on pas dire qu'en formulant ses conclusions et recommandations dans ses observations finales, le Comité se borne au fond à *rappeler* aux Etats les obligations qu'ils se sont engagés à respecter au regard du Pacte ? Est-ce que le Comité ne fait pas

autre chose que dire ce que, dans le cas de l'Etat, le Pacte oblige cet Etat à faire ou à ne pas faire ? Dans quelle mesure ces conclusions prétendent-elles à la normativité ? Ne sont-elles pas seulement la réitération sous une autre forme de normes déjà existantes ?

La chose est encore plus complexe – ou plus simple, comme on voudra – pour les constatations adoptées à l'issue de l'examen des cas dans le cadre du Protocole facultatif, et pour les « observations générales » du Comité, qui condensent et résument sa jurisprudence.

Le Comité s'est prononcé clairement sur la valeur juridique de ses constatations dans son observation générale n° 33 de 2008 :

« 11. Même si la fonction conférée au Comité des droits de l'homme pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire. Elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du Pacte et le caractère déterminant de ses décisions.

[...]

13. Les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif constituent une décision qui fait autorité [an authoritative determination dans la version anglaise, ndla], rendue par l'organe institué en vertu du Pacte lui-même et chargé d'interpréter cet instrument. Ces constatations tiennent leur caractère, et l'importance qui s'y attache, du fait que le rôle conféré au Comité en vertu du Pacte et du Protocole forme un tout »¹⁶.

De même, le Comité a établi le caractère obligatoire des mesures provisoires qu'il adopte en vertu de l'article 86 de son règlement : le principe de ce caractère obligatoire a été explicité dans les constatations rendues dans l'affaire *Dante Piandiong et autres c. Philippines* en 2000¹⁷ et reprise dans le l'observation générale de 2008 que je cite à nouveau : « L'inobservation de ces mesures provisoires est incompatible avec l'obligation de respecter de bonne foi la procédure d'examen des communications individuelles établie par le Protocole facultatif »¹⁸.

D'une certaine manière, cette conception de la valeur des décisions prises par le Comité a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt sur le fond du 30 novembre 2010 dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*¹⁹.

¹⁶ Observation générale n° 33, adoptée par lors de sa 94^{ème} session (2008), CCPR/GC/33, 25 juin 2009.

¹⁷ Comm. n° 869/1999, constatations du 19 octobre 2000. A propos de l'évolution de la jurisprudence du Comité sur ce point, v. Y. KERBRAT, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 121-40 (2013), n° 68.

¹⁸ *Ibid.*, § 19.

¹⁹ Voir l'arrêt de la Cour, §§ 11 et 12.

Les adeptes de la théorie binaire ou dualiste de la *soft law* opposeront le caractère « juridictionnel » des cours régionales des droits de l'Homme aux comités conventionnels : mais en quoi l'interprétation évolutive normative que la Cour européenne des droits de l'Homme donne des articles de la Convention européenne est-elle plus *hard* que les interprétations du Comité des droits de l'Homme ? Si on veut vraiment être formaliste, la Cour n'a pas plus d'autorité que le Comité pour faire évoluer son texte de référence.

De même, pour ce qui est des mesures provisoires, celles de la Cour, comme celles du Comité, doivent leur valeur obligatoire à une interprétation par la Cour de l'article 34 de la Convention en lien avec l'article 39 de son règlement dans l'affaire *Mamatkulov*²⁰... De ce point de vue, le mécanisme soit disant *soft* comme le mécanisme soit disant *hard* produisent des actes qui se trouvent au même niveau de normativité : *soft* ou *hard* ?

Prenez chaque article de la Convention : lisez-le, comparez avec ce qu'il contient aujourd'hui si on y ajoute la jurisprudence de la Cour – qui correspond au contenu normatif réel de l'article : vous verrez qu'en réalité il n'est pas possible de dissocier complètement la pellicule fine du droit statique et « organisé » de la couche profonde du droit mouvant et « inorganisé ». En fait l'un maintient toujours l'autre en mouvement ou presque – dans la mesure où la « sécurité juridique » impose une certaine « cohérence » et donc une certaine stabilité de la pellicule fine.

La conclusion qu'il faut en tirer est qu'il semble difficile de dissocier clairement les « couches » dans un droit en plein mouvement, qui est le mouvement du droit vivant. Non seulement la dichotomie ne peut pas renvoyer à deux sphères étanches l'une à l'autre, à une opposition entre le droit et le non-droit, mais en fait il y a une interpénétration continue entre les deux couches, une dialectique constante entre *soft* et *hard*. Cela amène nécessairement à dépasser une conception trop classique des « sources » du droit international et par conséquent à aborder quelques considérations plus théoriques, afin d'esquisser les contours pris par la fonction législative dans le droit international contemporain, en particulier dans le domaine des droits de l'Homme – fonction à la mise en œuvre de laquelle, comme on va le voir, la *soft law* prend nécessairement une part importante.

²⁰ Cour E.D.H., Grande Chambre, arrêt du 4 février 2005.

III. L'ÉLABORATION THÉORIQUE DE LA DISTINCTION :
DEUX REMARQUES SUR L'EXERCICE DE LA FONCTION LÉGISLATIVE
DANS LE DROIT INTERNATIONAL CONTEMPORAIN

Il y aurait beaucoup à dire, mais je vais me limiter à deux points qui me paraissent fondamentaux pour essayer de comprendre et de décrire les phénomènes dont nous parlons : premier point, qui a déjà été évoqué hier, c'est la spécificité des droits de l'Homme dans le processus normatif en tant que droits réputés de droit naturel ; deuxième point c'est le décalage entre la réalité du droit international d'aujourd'hui comme réalité sociale et le discours sur le droit international.

a. Le *premier point* a son importance et il répond à une des interrogations des organisateurs de ce colloque : non, les droits de l'Homme ne sont pas une matière comme les autres, il y a bien une spécificité des droits de l'Homme, y compris pour la *soft law*. A tout le moins si l'on parle des droits au sens strict – tels qu'ils sont reconnus dans les instruments généraux – et non d'instruments plus techniques qui détaillent des normes qui participent au respect de tel ou tel droit. Cela a été dit hier, en effet, les droits de l'Homme sont des droits *réputés* de droit naturel – ce que j'avais appelé leur caractère « intangible », c'est à dire le fait qu'ils sont placés par le droit positif hors de portée de la volonté de l'Etat²¹. J'ai bien dit « réputés de droit naturel » et pas « de droit naturel », *réputés* parce ce qu'ils sont décrits comme tels – par exemple lorsqu'il est dit dans les textes de droit positif que ce sont des droits *inhérents* à la personne humaine.

Autrement dit, au moment même où ils sont intégrés dans le droit positif, les droits de l'Homme imposent leur intangibilité à l'ordre juridique et s'installent dans une position de supra-normativité.

Il en résulte que les droits de l'Homme excèdent toujours la positivité de la norme : c'est ce qui explique sans doute que les droits de l'Homme et la *hard law* ne font pas bon ménage, parce que c'est une contradiction dans les termes que de reconnaître des droits naturels à travers un instrument consensuel²². Et l'on comprend qu'à l'inverse, droits de l'Homme et *soft law* aillent si bien ensemble. En fait, l'*instrumentum* le plus approprié aux droits de l'Homme, c'est la *Déclaration* qui constate, reconnaît une réalité préexistante et de toute éternité... ce qui explique sans doute en partie le succès de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, au-delà même des attentes de ses rédacteurs. La Déclaration est une résolution de

²¹ O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'Homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'Homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, p. 17.

²² *Ibid.* pour la description des conséquences de cette difficulté à concilier droits de l'Homme et technique conventionnelle.

l'Assemblée générale, oui, mais en même temps on l'a dit, elle est le document qui fonde et soutient toute cette partie du droit constitutionnel international qu'est le droit international des droits de l'Homme. Elle n'est certainement pas de la *soft law*²³.

b. Et j'en viens au *deuxième point*, qui porte cette fois sur l'écart constaté entre la réalité du droit international et les discours sur le droit international. Pour essayer de penser le phénomène de la normativité comme d'autres phénomènes en droit international, il faut bien faire attention de distinguer *les discours* sur le droit international de la *réalité* du droit international.

Le discours sur le droit international est encore plein de références au volontarisme et à l'idée d'un droit international fondé sur la souveraineté. La réalité du droit international est toute autre, pour la simple et bonne raison que le droit international contemporain n'est plus *seulement* un ensemble de normes régissant les relations diplomatiques entre personnes souveraines, droit de la guerre et de la paix... le droit international d'aujourd'hui est aussi un *droit global*. Par conséquent, l'objet du droit international n'est plus *seulement* de régler des questions de coexistence entre entités souveraines, mais aussi de réglementer des questions dont l'incidence dépasse les frontières nationales. Les procédés d'élaboration du droit se sont adaptés à cette nouvelle réalité et à cette nouvelle demande sociale... Mais pas les discours dominants sur le droit international, qui continuent d'utiliser les vieux concepts de la souveraineté et du volontarisme.

Le droit international est malade non de ses normes, mais de son discours sur les normes.

A l'âge classique du droit international, le passage de l'inorganisé à l'organisé se faisait par le biais d'un processus, d'une procédure ou d'un acte de constatation du caractère obligatoire d'une norme donnée : des processus spontanés, comme le processus coutumier ; ou des actes volontaires, comme la ratification d'un traité ou l'adoption d'un acte unilatéral.

Mais ces procédés se sont révélés assez peu adaptés aux exigences de la fonction législative dans le cadre d'un droit international global : notamment, le procédé conventionnel comprend de nombreux inconvénients, dont le moindre n'est pas le *paradoxe de la conventionnalisation* : à savoir qu'intégrer une norme dans un traité, c'est la soumettre au bon vouloir des Etats. Ainsi une norme qui, en dehors du cadre conventionnel, évoluerait rapidement en norme

²³ Sur le « statut » de la Déclaration, voir la belle étude de droit international et de droit comparé de Marc GAMBARAZA, *Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Une aventure juridique*, préface E. Decaux, Paris, Pedone, coll. « Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme », n° 28, 2016.

générale, risque de rester relative car prisonnière du cadre consensuel formé par le traité.

Le traité a des effets contre-productifs sur la production des normes. La Commission du droit international semble d'ailleurs en tirer les conséquences, elle qui, ces dernières années, n'adopte presque plus de projets de traités, mais plutôt des « articles », des « conclusions » ou des « directives »²⁴. Aussi l'élaboration des normes aujourd'hui ne passe plus ou plus seulement par ce processus lourd du traité international multilatéral, mais par des processus parfois plus tortueux mais en tout cas moins formalisés. Deux phénomènes complémentaires peuvent en particulier être constatés :

i. L'émergence de ce qu'on pourrait caractériser comme une forme de coutume nouvelle comme processus de législation *semi-organisé*, par rapport à la coutume traditionnelle comme « source » spontanée²⁵. Il s'agit, à partir d'un texte formellement *soft*, de susciter la reprise d'une ou de normes par différents acteurs et ce faisant de favoriser l'émergence de pratiques conformes ou à tout le moins, de faire émerger une *opinio juris* en faveur de la norme, même en l'absence de pratique. On adopte donc un texte non obligatoire à l'issue d'un processus de négociation et de délibération généralement complexe qui, du fait de la qualité de ce processus, dispose d'une forte autorité. Et les normes sont ensuite reprises dans d'autres actes d'organisations internationales, mais aussi par des juridictions, nationales, internationales, par les Etats, les ONG ou les individus... Et progressivement à tout le moins certaines des normes énoncées en viennent à se voir reconnaître un caractère obligatoire. On pourrait citer comme exemples la plupart des derniers textes de la Commission du droit international, en premier lieu, bien entendu, les « articles » sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite²⁶, à propos desquels l'Assemblée générale commande d'ailleurs régulièrement une compilation des décisions les citant, qui témoigne de leur vitalité et du fait que bien que *soft*, ils sont bien à la source d'obligations *hard*²⁷.

²⁴ A l'exception du processus tendant à rédiger un traité sur les crimes contre l'humanité qui peut, précisément en raison de la nature conventionnelle du produit envisagé, soulever des inquiétudes légitimes.

²⁵ Voir dans ce sens, P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 13^{ème} ed., 2016, n° 408 à propos des « sortilèges de la *soft law* » : « Ainsi, malgré ses ambiguïtés et ses faiblesses conceptuelles, cette expression anglaise [de *soft law*], jamais jusqu'ici traduite de façon univoque en français, a-t-elle au moins le mérite d'appeler l'attention sur les traductions les plus récentes de la réalisation du processus coutumier, désormais très souvent canalisé dans les procédures largement institutionnalisées de la négociation multilatérale permanente ».

²⁶ A propos des articles, voir le commentaire publié par James CRAWFORD, Alain PELLET et Simon OLLESON, *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁷ Voir le premier rapport de 2004 : A/62/62 (2007) qui recense déjà pas moins de 129 affaires citant les articles. Les rapports suivants de 2011 (A/65/76, 25 nouvelles décisions), 2013 (A/68/72, 56 nouvelles décisions) et 2016 (72 nouvelles décisions). Voir aussi A. PELLET, « The ILC's articles on State Responsibility for International Wrongful Acts and related texts », in J. CRAWFORD, A.

ii. Ce qui met en valeur le deuxième phénomène complémentaire, à savoir le rôle central joué aujourd'hui par les tiers impartiaux – toute organe ayant une fonction de *juris dictio*, et pas seulement les « juges » désignés comme tels parce que siégeant au sein d'un « tribunal » – dont l'activisme permet bien souvent d'accélérer les processus normatifs, soit par la promotion de normes contenues dans des textes de *soft law* qui sont repris et réitérés pour régir des domaines particuliers de la vie sociale ; soit par le biais de l'interprétation constructive et évolutive qui consiste à ajouter à une norme de base interprétée des conséquences ou des significations supplémentaires qui sont reprises de normes élaborées dans des instruments *soft*²⁸. Les exemples sont ici trop nombreux, mais on peut mentionner par exemple le *droit à la vérité* qui, après avoir été établi par les « principes Joinet » sur la lutte contre l'impunité²⁹, a progressivement émergé dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine, en se greffant sur certaines dispositions de la Convention, avant d'être transcrit en toutes lettres dans l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées³⁰.

* * *

En définitive, peut-on dire que la *soft law* est un concept utile et qu'il vaut la peine qu'on s'attarde à étudier ce qui pourrait éventuellement en relever ? Mon premier mouvement tendrait à répondre par la négative à cette question, parce que c'est la réponse spontanée du praticien, qui privilégie une vision

PELLET, S. OLLESON, *op. cit.*, pp. 75-94 et en part. p. 87 : « It is a fact that the influence of ILC texts is not dependent on the conclusion of a convention [...] ». Voir aussi d'ailleurs, dans le même sens, l'exemple du « Guide de la pratique sur les réserves aux traités, préparé par Alain Pellet. Sur le « Guide », cf. SFDI, *Actualités des réserves aux traités*, Paris, Pedone, 2014.

²⁸ Jean-François Flauss parlait de « densité normative », mais aussi du rôle joué par les organes de contrôle en matière d'« activation normative » : J.-F. FLAUSS, « La protection des droits de l'Homme et les sources du droit international », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Paris, Pedone, pp. 31-32. V. aussi Julien CAZALA, qui reprend ces notions : « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/1, vol. 66, pp. 41-84, p. 73.

²⁹ *Ensemble de Principes pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité*, en annexe du rapport final de Louis Joinet, E/CN.4/Sub2.1997/20/Rev.1, et la version révisée par Diane Orentlicher, E/CN.4/2005/102/Add.1.

³⁰ Voir notamment D. GROOM, « The Right to Truth in the Fight against Impunity », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, issue 1, 2011, pp. 175-199 ; O. de FROUVILLE, « Le droit de l'homme à la vérité en droit international. A propos de quelques « considérations inactuelles » » in O. GUERRIER (dir.), *La vérité*, Publications de l'Université de Saint Etienne, 2013, pp. 131-153 et plus spécifiquement sur l'article 24 de la Convention : « La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie : les dispositions substantielles », *Droits fondamentaux*, n° 6, janvier-décembre 2006, p. 80 ; G. CITRONI, T. SCOVAZZI, *The Struggle Against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 347 et suiv.

stratégique du droit : la *soft law* ne veut rien dire en soi ; l'opposition entre *soft law* et *hard law* est un outil parmi d'autres de la rhétorique juridique, mais l'essentiel n'est pas qu'une norme soit *soft* ou *hard*, c'est qu'elle soit une norme ou plutôt qu'elle se présente comme telle par sa rédaction ou son contenu. Mais ce point de vue pragmatique amène lui-même à une réflexion d'ordre épistémologique et qui porte sur la nécessité d'envisager toujours le couple *soft law/hard law* de manière dialectique. Parler de *soft law* isolément n'a pas de sens. On ne peut pas étudier la *soft law* en soi, ça n'a pas la consistance d'un objet scientifique (raison pour laquelle on peut avoir l'impression qu'elle se dérobe sans cesse en même temps qu'elle se présente – raison peut-être aussi des « frayeurs »³¹ ressenties par l'organisatrice de ce colloque). Le seul objet scientifique possible est le couple *soft law/hard law*, en ce sens que la *soft law* est toujours sous-jacente à la *hard law*, comme le droit inorganisé sous le droit organisé de Gurvitch. Mais cette dialectique elle-même serait difficilement compréhensible si on la séparait d'un troisième point de vue, théorique celui-ci, qui consiste à dépasser la conception classique des « sources formelles » du droit international. Tant qu'on en reste à une conception consensuelle ou volontariste du droit, on ne peut pas saisir la nature de l'interaction entre le *soft* et le *hard*, parce que la nature du processus législatif – c'est à dire du processus d'élaboration des normes générales en droit international contemporain – reste voilée. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine des droits de l'Homme – ceux-ci étant par nature comme allergiques au consensualisme – mais pas seulement : dans tous les domaines du droit international, la *soft law* est un des vecteurs, voire peut-être le vecteur principal de l'élaboration de la législation internationale, c'est à dire du droit *hard* et c'est en fait par l'interaction entre les deux que, par « jalons normatifs »³², les normes s'affinent, se confirment, s'affermis-sent et se transforment.

« Le silence éternel de ces espaces infinis m'effraie », pensait Pascal. Espérons que ce colloque aura permis, en faisant « parler » la *soft law*, d'apaiser quelque peu cette frayeur !

³¹ Présentation par Mihaela Ailincăi de la *chronique* de la RTDH, *op. cit.*, p. 187 : « On est pris de frayeurs ! »

³² Pour reprendre l'expression d'A. Pellet dans « Le bon droit et l'ivraie », *op. cit.*