



HAL
open science

Soft Law or Law in progress? Relecture d'articles classiques (P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)

Pierre Brunet

► To cite this version:

Pierre Brunet. Soft Law or Law in progress? Relecture d'articles classiques (P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab) . Deumier, Pascale; Sorel, Jean Marc. Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ Lextenso, pp.209-223, 2018, Contextes. Culture du droit, 978-2-275-05723-1. hal-01710179

HAL Id: hal-01710179

<https://hal.science/hal-01710179>

Submitted on 15 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Soft Law or Law in progress ?
Relecture d'articles classiques
(P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab)

Pierre BRUNET

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

in P. Deumier et J.-M. Sorel (dir.), Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, Paris, LGDJ, 2018, p. 209-223

Les trois textes que Pascale Deumier et Jean-Marc Sorel m'ont proposé de « relire » (présument peut-être que je les avais déjà lus et/ou qu'ainsi je pourrais indirectement inciter mes éventuels lecteurs à les relire ?) sont aujourd'hui des classiques du droit international public. Ils illustrent une discussion entre juristes internationalistes dont l'objet me semble être moins le statut de la *soft law* que l'identification même de ce que l'on peut appeler « droit » en droit international.

En 1982, Prosper Weil fait une critique sévère et fouillée de la *soft law* comme source de « désordre » en droit international¹. La thèse qu'il développe est simple et efficace : l'introduction d'une « normativité relative » à travers des instruments de *soft law* ou, pire encore, la reconnaissance d'une normativité juridique à des instruments qui n'en ont en réalité aucune est un facteur de dilution du droit international, de « dislocation de la structure normative du droit international » et de « dénaturation de ses fonctions »².

¹ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, n° 86, p. 5-47. Le texte a par la suite été traduit en anglais et a suscité un débat bien au-delà de nos frontières.

² *Ibid.*, p. 47.

Les deux autres articles sont ceux d'Alain Pellet et de Georges Abi-Saab, lesquels répondent à la critique de Weil. Tous deux défendent la *soft law* en droit international avec des arguments assez proches³. Plus précisément, ils soulignent à quel point le droit international se développe à l'aide d'instruments non conventionnels, « plus souples qui favorisent une normativité relative, évolutive, imparfaite, mais dont l'imperfection même est le signe de la force relative acquise par le Tiers-monde⁴ ».

Je suis bien incapable de dire si, de cet échange, l'un ou les autres des protagonistes est sorti victorieux. Il me semble toutefois que l'on continue à parler de *soft law*, mieux, que la notion comme la chose prospèrent. Je me suis également laissé dire que les États y ont de plus en plus souvent recours, que le nombre des conventions internationales tend à se réduire comme peau de chagrin au profit des « guidelines » et autres grandes déclarations d'intention (ou déclarations de grandes intentions ?). Il semblerait même qu'après avoir affecté le droit international puis le droit européen, la *soft law* se soit emparée du droit interne et que des juges internes lui reconnaissent une existence juridique.

Avant de procéder à une analyse, encore faut-il exposer précisément les positions des protagonistes.

³ PELLET A., « Le “bon droit” et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) », in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 465-493 et 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. 137-144.

⁴ PELLET A., « Le “bon droit” et l'ivraie », *op. cit.*, p. 482.

I – Exposé des positions

Une des premières questions qu'il convient de se poser est celle de savoir si les protagonistes parlent bien de la même chose, sans quoi le débat ne serait pas contradictoire. Est-ce si sûr ?

Le conflit ne porte en réalité pas vraiment sur la distinction entre *hard* et *soft law* et donc sur la question de savoir si on peut les distinguer et comment. Le conflit ne porte pas non plus sur le point de savoir si certains instruments mériteraient d'être rangés ou non dans telle ou telle classe d'objets, étant admis qu'un accord a été préalablement trouvé sur les noms des classes en cause.

Contrairement à ce que l'on pouvait *a priori* imaginer, les auteurs s'opposent sur ce qu'ils entendent par le mot « droit » lui-même. On pourrait alors considérer que la discussion n'est que verbale, qu'elle ne porte que sur une question terminologique. Ce serait aller un peu vite en besogne. Leur *disputatio* n'est pas que définitionnelle, elle est aussi empirique. En effet, la question centrale est de savoir si les instruments dits de *soft law* sont « du droit » ou seulement l'expression de belles intentions, des normes purement morales, non contraignantes, non hétéronomes. Le débat soulève des questions qui ne relèvent pas seulement du droit international mais aussi de la théorie générale du droit : l'une est ontologique et concerne la définition même du droit, l'autre est épistémologique et renvoie à la fonction de la science du droit ; une autre encore est axiologique et porte sur les critères d'évaluation du droit.

Deux positions s'affrontent : une position positiviste, que l'on qualifiera ici de stricte obédience, défendue par Prosper Weil et une position réaliste (mais modérée au regard des réalistes à la Morgenthau) défendue par Alain Pellet et Georges Abi-Saab. Elle met en évidence deux conceptions très différentes du droit qui dépassent le strict cadre du droit international.

A. La position de Prosper Weil

Prosper Weil distingue deux sens de l'expression « *soft law* » :

- la *soft law* comme ensemble de règles précaires, programmatoires, non contraignantes ;
- la *soft law* comme ensembles d'instruments préjuridiques.

Il propose de garder l'expression « *soft law* » seulement pour les instruments peu contraignants et non les instruments préjuridiques.

Pour lui, les sources du droit se réduisent aux sources formelles : le droit international public est d'abord un ensemble de normes qui imposent des obligations aux États. Et ces sources formelles sont essentielles, car elles permettent d'identifier l'intention des parties à laquelle Prosper Weil accorde une très grande importance. Une norme juridique peut donc ne pas être contraignante, cela n'entame en rien son caractère de norme ; ce dernier ne lui vient pas de ce qu'elle est contraignante mais de ce qu'elle résulte de la volonté des États, transcrite et inscrite dans un traité, lequel, à son tour, exprime un engagement et, on peut le présumer, fera l'objet d'une ratification de sorte que cet engagement sera deux fois consacré. Les instruments préjuridiques, quant à eux, ne sont pas du droit du tout et il est dès lors abusif de les qualifier de « *soft law* ». Ils manifestent certes une intention, mais ne sont en rien normatifs et en rien juridiques. Autrement dit, ou bien une norme est valide ou bien elle n'existe tout simplement pas. D'où sa formule : « 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 droit⁵. »

On peut identifier cette thèse comme « positiviste » ou même « formaliste ». Selon cette conception, le droit est le résultat d'actes de volonté, d'actes intentionnels, dont les auteurs acceptent de se soumettre à certaines formes, de sorte que sont juridiques tous les actes de volonté qui empruntent certaines formes déterminées,

⁵ WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *op. cit.*, p. 12.

émanant d'autorités habilitées à les poser, en d'autres termes, sont conformes aux méta-normes qui organisent la production juridique. C'est la fameuse distinction entre le commandement du voleur et celui du fisc : le premier a une signification subjective de norme, le second une signification objective de norme ; il est valide dans un sens descriptif : il ne dépend pas de la seule intention de celui qui le pose, mais appartient à un système en vertu des règles qui organisent ce système.

Cette position sera jugée contraire aux faits par les critiques de Prosper Weil. Pourtant, ce dernier affirme se fonder sur la pratique des États. Ainsi, dit-il, les résolutions des organisations internationales ne sont pas « du droit », précisément parce que les États s'échinent à faire admettre qu'elles ne les lient pas. Dès lors, on peut (mieux, on doit) les considérer non comme des sources formelles de normes nouvelles, mais comme l'« expression sociologique ou politique de tendances, d'intentions, de souhaits⁶ ».

B. La position d'Alain Pellet et de Georges Abi-Saab

De leur côté, Alain Pellet et Georges Abi-Saab rejettent cette définition restrictive : la *soft law* vaut non seulement pour les accords non contraignants, mais aussi pour tous les instruments qui ont un effet indirect.

Alain Pellet insiste de son côté sur l'idée que relève de la *soft law* ce qu'il appelle des « normes imparfaites », qui sont autant de « jalons normatifs ». Donc les résolutions : elles sont du droit, mais du droit « souple » :

« Au-delà de leur diversité formelle, tous ces instruments présentent de nombreux traits communs : ils font l'objet de négociations internationales – souvent dans le cadre ou sous les auspices d'une organisation internationale ; ils sont écrits et formalisent le résultat de discussions entre États ; ils sont régis par le

⁶ WEIL P., *eod. loc.*

droit international ; enfin et surtout, ils remplissent des fonctions et ont des effets très comparables⁷. »

Pour Georges Abi-Saab, la *soft law* n'est pas constituée que de lois imparfaites au sens de défailtantes, mais elle recouvre à la fois des étapes, le « droit en gestation » – qui sera le *hard law* de demain – ainsi que des instruments achevés mais incitatifs qui cherchent à atteindre une finalité sociale ou collective tel que, par exemple, le droit international de coopération. D'où le choix de l'expression « droit assourdi » qu'il emprunte à François Rigaux⁸.

À l'opposé de P. Weil, A. Pellet et G. Abi-Saab se veulent donc réalistes : ils reprochent à P. Weil de ne pas tenir compte des faits, de la réalité de la formation du droit international. Or, ce droit international ne se donne pas tout entier dans des normes parfaites : il y a aussi ces « jalons normatifs » qui produisent indirectement des normes⁹. Leur réalisme ne se veut pas radical pour autant. Il faut donc tenir compte des formes qui témoignent de la conscience d'être lié, dit A. Pellet, mais ces formes elles-mêmes évoluent comme le font les normes substantielles. Autrement dit, A. Pellet défend un

⁷ PELLET A., « Le “bon droit” et l'ivraie », *op. cit.*, p. 490 § 16.

⁸ RIGAUX F., « Cours général de droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, T. 213 (1989-1).

⁹ On retrouve cette même idée chez SCHACHTER O., « The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements », *American Journal of International Law*, vol. 71, 1977, p. 296-304 et la réponse qu'il fournit à la question de savoir ce que l'on entend positivement lorsqu'on qualifie un accord de « politique et moral mais juridiquement non contraignant » (303-304). Il distingue alors deux aspects : « *One is internal in the sense that the commitment of the state is “internalized” as an instruction to its officials to act accordingly [...] The political commitment implies, and should give rise to, an internal legislative or administrative response [...] The second aspect is “external” in the sense that it refers to the reaction of a party to the conduct of another party. The fact that the states have entered into mutual engagements confers an entitlement on each party to make representations to the others on the execution of those engagements.* »

réalisme qu'il veut « modéré » : le droit ne se confond pas avec les rapports de force et les luttes politiques mais il en est l'expression et le résultat.

II – Analyse

Au-delà de la grande différence entre les deux approches, il y a un élément commun.

A. Différence

Prosper Weil admettrait sans doute que le droit est le résultat de rapports de force, mais il s'en tient à l'expression formelle et définitive : est une norme juridique l'acte auquel une forme juridique reconnaît la valeur de norme. Autrement dit, une norme est juridiquement valide si elle s'insère dans un système lui-même juridique ; de même que seule une norme peut annuler une autre norme, seule une norme peut servir de fondement à une autre norme.

Alain Pellet raisonne un peu différemment : « entre le droit et le fait il n'y a pas de seuil », écrit-il, il y a des « degrés normatifs ». Autrement dit, un acte a la signification juridique de norme valide si cet acte est ressenti comme contraignant dans la conscience de ceux qui le prennent.

B. Point commun

Au-delà des différences, les trois approches ont toutefois en commun de privilégier un aspect du droit au détriment de l'autre et de verser dans une forme de circularité.

Le formalisme que défend P. Weil est une position dont les limites sont bien connues : si le droit est tout entier une forme dans laquelle seules des normes créent des normes, comment expliquer la création de la première norme ? Et si, pour l'expliquer, il

fallait admettre que cette première norme a été créée en dehors du droit, toute la construction serait viciée et s'effondrerait comme un château de cartes¹⁰.

Le réalisme que défendent A. Pellet et G. Abi-Saab a lui aussi ses limites : si la formation du droit est déjà du droit, et si donc on admet que le droit se trouve en gestation « dans » des faits ou des discours, on risque de reproduire une vieille croyance jusnaturaliste dans la normativité naturelle ou spontanée des faits ou des paroles – croyance elle-même répandue par le positivisme naïvement impérativiste, qui imaginait que le seul fait brut de commander était une raison (juridique) suffisante d'obéir. Et dans ce cas, à quoi serviront les sources formelles ? Si, par ailleurs, on admet des sources informelles du droit à côté des sources formelles, quelles seront les sources de ces sources informelles et quels instruments nous permettront d'identifier les sources informelles ? Et comment arbitrer les éventuels conflits entre les sources formelles et celles informelles ?

Pour sortir de la circularité, quelques clarifications s'imposent.

III – Clarifications

A. Sur le droit et le fait

Du point de vue de la théorie générale du droit, le conflit entre sources formelles et sources informelles évoque le problème de la distinction du droit et du fait, qui est un des problèmes épineux sur lequel s'affrontent (ou se sont affrontés) les positivistes formalistes ou normativistes (on pense principalement à Hans Kelsen et Herbert Hart) et

¹⁰ Cf. le propos bien connu et souvent cité de F. Boyle : « (...) *international legal positivism impedes the ability of an analyst to comprehend and operationalize the undeniable fact of international political life that in real-world situations (...) government decision makers must often choose the least bad as good. The primary reason why the legal positivist approach to analyzing international relations proves to be "irrelevant" to international political decision making is because it represents a completely dichotomous and static viewpoint of the world.* » in BOYLE F. A., *World Politics and International Law*, Durham, Duke University Press, 1985, p. 165.

les réalistes (on pense évidemment aux scandinaves Alf Ross et Karl Olivecrona, mais on peut aussi ajouter certains réalistes américains dont Max Radin ou Karl Llewellyn et, en droit international, Hans Morgenthau, mais ce dernier est sans doute jugé trop radical...)¹¹.

D'un côté, Kelsen nous dit que la loi de Hume selon laquelle une norme ne peut dériver d'un fait interdit donc qu'un fait puisse produire du droit. On pourrait illustrer ce point avec cette citation à laquelle je faisais allusion plus haut : « Le fait brut que quelqu'un commande quelque chose n'est jamais une raison suffisante de considérer le commandement en question comme une norme valable, c'est-à-dire obligatoire pour son destinataire. Seule une autorité compétente peut poser des normes valables ; et la compétence en question ne peut reposer que sur une norme habilitant à la création de normes¹². » Autrement dit, seul du droit peut produire du droit et une norme n'est juridique que parce qu'elle appartient à un système lui-même juridique.

De l'autre, les réalistes nous expliquent que le droit est un fait social et rien d'autre qu'un fait social : il n'existe pas de normes qui ne soient elles-mêmes produites par des faits et aucune séparation n'est envisageable entre le monde des faits et le monde des normes, entre le *Sein* et le *Sollen*. Penser cette séparation comme radicale, c'est reconduire un dualisme ontologique que présuppose une conception absolutiste du monde juridique et finalement penser le droit comme on pense la morale.

De là, une bataille : Ross faisant de Kelsen un quasi-positiviste et Kelsen contre Ross expliquant que ce dernier ne fait que dire autrement ce que Kelsen lui-même s'échine à répéter.

¹¹ Le débat est loin d'être clos comme l'atteste le dernier livre de Brian Tamanaha : TAMANAHA B. Z., *A Realistic Theory of Law*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2017, v. not. les chap. 2 et 6. Sur Kelsen et Morgenthau, v. GARCÍA SÁEZ J. A., *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

¹² KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN Ch., Paris, Dalloz, 1962, p. 257.

Qui a raison ? Avant d'y répondre, sans doute faut-il clarifier certains points.

D'une part, la loi de Hume est, elle-même, sinon discutable, du moins parfois utilisée avec des significations multiples et ambiguës. Je ne peux pas développer ce point ici¹³.

D'autre part, quand on dit que le fait ne peut pas produire du droit et qu'il y a une séparation entre le droit et les faits, on peut dire plusieurs choses différentes :

- se contenter de distinguer entre l'acte humain qui pose la norme et la norme elle-même (la signification de cet acte) ;
- distinguer encore entre la signification subjective (factuelle) d'un acte humain et la signification objective (juridique, « normative ») de cet acte ;
- affirmer qu'une norme n'est pas un fait mais qu'elle peut être décrite par des propositions factuelles. Kelsen les appelle des « propositions normatives », expression trompeuse puisque ces propositions ne posent aucune norme mais décrivent des normes posées, elles sont donc « normatives » par leur objet mais « factuelles » par leur statut logique. Ici, la distinction est épistémologique et porte sur l'instrument par lequel on peut connaître les normes. C'est d'ailleurs le point crucial sur lequel s'opposent les normativistes et les réalistes.

Si l'on raisonne selon les catégories normativistes de Kelsen et si l'on admet que, n'étant pas des faits, les normes doivent néanmoins être décrites par des propositions empiriques, le problème qui se pose est de savoir quelles sont les conditions précises auxquelles une proposition normative est vraie ou fausse. Or, selon Kelsen, une proposition est vraie si la norme décrite « existe ». Mais une norme « existe » si elle appartient à un système juridique. Et elle appartient au système si elle a

¹³ Et me borne à renvoyer à CELANO B., *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Turin, Giappichelli, 1994, *passim* et DESCOMBES V., *Le raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique*, Paris, Seuil, 2007, p. 361 s.

été posée par une norme valide. Laquelle est valide si elle existe... Et on est reparti pour un tour de manège.

C'est à ce même problème de circularité que se heurte P. Weil : à elle seule, la volonté des États ne produit pas de norme, mais c'est parce que cette volonté se voit attribuer la signification de norme par d'autres normes qui sont elles-mêmes le résultat d'actes de volonté auxquels... etc.

Une façon de sortir du cercle est de prendre la mesure de la dimension « attributive » de l'« activité interprétative »¹⁴ à laquelle donne lieu la production des normes. En effet, une norme est la signification d'un fait, d'un énoncé, mais ne se confond pas avec lui. Cette signification suppose une interprétation de cet énoncé et cette interprétation peut elle-même prendre deux aspects très différents : l'un qui consiste en une activité de pure connaissance – on cherche les différentes significations « possibles » d'un énoncé et même celles inattendues, même celles auxquelles l'auteur de l'acte, de l'énoncé, n'aurait jamais pensé comme le dit Kelsen à la fin de la *Théorie pure* – ; l'autre qui consiste en une activité décisionnelle, volitive, attributive, une activité qui consiste à affirmer que tel énoncé a telle signification – ou doit recevoir – telle signification (normative).

Ces deux formes d'interprétation n'ont pas de relation logique entre elles : la seconde peut suivre la première, mais ce n'est en rien une nécessité logique. Juridiquement, elles n'émanent pas des mêmes auteurs. La première relève plutôt de la science du droit, ou de la dogmatique juridique, elle ne possède aucune autorité et les significations normatives qu'elle identifie sont de simples conjectures. Les énoncés interprétatifs auxquels procède la science juridique sont au mieux vérifiables. La

¹⁴ Sur cette thèse, v. ASCARELLI T., « Interpretazione e Giurisprudenza Costituzionale », in *Problemi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1959, p. 140 ; TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1974, p. 265 et p. 389 s. ; GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992, p. 109 ; TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994 et *Le droit, l'État et la théorie du droit*, Paris, PUF, 2001.

seconde relève de l'activité juridictionnelle ou des organes chargés de l'application du droit. Les énoncés interprétatifs auxquels procèdent ces organes ne sont, quant à eux, pas vérifiables : ce sont des normes, elles ne sont donc ni vraies ni fausses mais valides ou non valides selon qu'elles sont conformes – ou non incompatibles – avec d'autres normes. Cette seconde interprétation est dite authentique lorsqu'elle s'impose juridiquement (on conviendra que la question de savoir ce que « s'imposer juridiquement » veut dire est délicate mais la place manque pour y répondre).

Et donc ? Peut-on arriver à dire qu'une norme est un fait empirique ? Peut-on aller jusqu'à dire qu'il n'y a pas de seuil entre les normes et les faits, comme le prétend Alain Pellet ? Pas si vite.

Si, avec les réalistes, on admet que « les normes n'existent pas avant l'interprétation, elles en sont le résultat¹⁵ », on peut en conclure qu'une norme est la signification objective d'un fait émanant d'un interprète lui-même identifié comme authentique. Donc la norme fait partie du monde des faits car on peut, à l'aide de propositions empiriques, décrire la signification attribuée – ou encore l'acte d'attribution – à un fait et ce fait est l'énoncé qui a été interprété. Autrement dit, il n'y a pas de comportement au sens propre, ni de faits bruts, mais des faits qui ne sont que des énonciations auxquelles on attribue des significations : d'un point de vue réaliste, décrire le droit c'est décrire des attributions de significations.

N'est-ce pas justement cela que propose A. Pellet ? Peut-être sans le formuler explicitement, décrit-il en effet la façon dont les États attribuent des significations à des énoncés car, en droit international public, les interprètes authentiques ne sont pas seulement les juges mais aussi les États souverains, lesquels se réclament de leur souveraineté juridique pour attribuer ou non une signification de norme à telle ou telle disposition ou ensemble de dispositions. C'est également cela qui permet de comprendre que certains énoncés soient considérés comme non juridiques un jour et

¹⁵ V. TARELLO G., *ibid.*

juridiques le lendemain. Les changements de signification seront quant à eux causés par des appréciations politiques ou morales, idéologiques ou contextuelles. Dans certains cas, ces causes seront même prévisibles et une analyse factuelle sera alors parfaitement envisageable.

Mais peut-on conclure qu'il n'y a pas de seuil entre les faits et les normes et seulement des degrés ? Sans doute pas. Car il faut distinguer entre les interprétations des États ou de la Cour internationale de justice et celles de toute autre institution. Tout un chacun ne peut attribuer une signification normative qui puisse s'inscrire dans un système normatif, ce qui suppose que l'attribution de signification soit elle-même reconnue comme telle.

On a donc besoin tant du formalisme défendu par P. Weil que du réalisme défendu par A. Pellet et G. Abi-Saab. Ces derniers en sont d'ailleurs parfaitement conscients. C'est pourquoi ils insistent sur les circonstances et sur le contexte qui président à l'adoption de résolutions ou des instruments non conventionnels : ces instruments sont de forme différente, mais ont des « traits communs » (A. Pellet) avec les instruments classiques. Comme le dit G. Abi-Saab : « La *soft law* exprime la conscience de la communauté internationale du besoin d'une certaine réglementation et produit des effets par ricochet. »

Reste que A. Pellet et G. Abi-Saab ne peuvent négliger les différences et continuent d'identifier les instruments non conventionnels comme des « normes imparfaites » (ou, encore, pour A. Pellet, des « jalons normatifs »). Un normativiste kelsenien y verrait un oxymore : pour lui, une norme est valide ou elle n'est pas et donc ou bien une norme est parfaite – objectivement valide –, ou bien elle n'est pas une norme. D'autres pourraient y voir un paradoxe logique ou une forme de contradiction performative (« cette norme n'est pas une norme »). D'autres enfin, prenant l'affirmation de G. Abi-Saab à la lettre, pourraient y voir l'articulation d'un jugement de valeur et d'une norme. De même qu'un jugement de valeur est susceptible de fonder une norme (« l'égalité est bonne, donc il faut traiter les situations identiques de la même

façon ») ou qu'une norme peut être justifiée par un jugement de valeur (« il faut traiter les situations identiques de la même façon parce que l'égalité est bonne »), on peut fonder telle réglementation sur telle résolution, ou inversement, invoquer telle résolution pour justifier l'adoption de telle réglementation.

Quoi qu'il en soit, on se trouve face à un cas assez classique d'interpénétration du discours politique et du discours juridique que l'on connaît aussi en droit interne lorsqu'on se trouve confronté à des dispositions dont la signification reste indéterminée, et avec elle, leur statut – juridique ou non juridique. On peut alors y voir une forme de « gradation » entre les faits et les normes, mais l'appréciation est trompeuse : ces « faits » n'en sont pas si par « faits » on entend des faits « bruts ». Certains parlent à leur propos de « faits normatifs », mais l'expression est encore trompeuse en ce qu'elle peut laisser penser qu'il y a des faits qui seraient par eux-mêmes des normes. On emploie aussi l'expression de « faits institutionnels »¹⁶ qui permet de souligner que ces faits sont créateurs du droit parce qu'ils sont eux-mêmes déterminés par des normes. Ce sont en réalité des faits eux-mêmes « colorés normativement », si je peux m'exprimer ainsi. Autrement dit, ce sont des argumentations normatives, des jugements appréciatifs qui font partie d'une activité interprétative plus globale. Dans la pratique, on ne se pose pas *in abstracto* la question de savoir si telle résolution est « juridique » ou non : on se sert d'une résolution à des fins argumentatives, en vue de justifier une norme et cette dernière peut être soit directement tirée de la résolution elle-même, soit créée par la suite et la résolution lui servira de fondement.

Reste un second problème qui concerne cette fois plus directement la distinction entre *hard* et *soft law*.

¹⁶ SEARLE J. R., *Les actes de langage*, trad. PAUCHARD H., Paris, Hermann, 1972, p. 230 s. ; MACCORMICK N., « Norms, Institutions, and Institutional Facts », *Law and Philosophy*, vol. 17, 1998, p. 301-345.

B. Sur la *soft law* proprement dite

De la discussion entre les protagonistes se dégage une même question : qu'est-ce qui fait que certains instruments paraissent *hard* et d'autres *soft* ? P. Weil et G. Abi-Saab sont d'accord pour reconnaître que certains contenants *hard* contiennent des normes *soft* et qu'inversement certains contenants *soft* contiennent des normes *hard*. À quoi tient le *hard* et le *soft* ?

On serait tenté de répondre qu'il suffit de regarder ou de lire. Mais les choses sont moins simples qu'on ne le croit. En réalité, il convient de souligner la dimension rétroactive de la position dite réaliste défendue par A. Pellet et G. Abi-Saab : une disposition, un instrument non conventionnel, une déclaration quelconque n'apparaît comme un « jalon normatif » ou « un droit en gestation » que *ex post*, une fois qu'un interprète authentique s'en est servi pour fonder la validité d'une norme de *hard law*. De même, en droit interne, des *guidelines* ou des code de bonne conduite ont pu servir de fondements à des contrats¹⁷.

Les choses sont aussi moins spécifiques. Certes, le droit international présente des spécificités interprétatives non négligeables et qui tiennent au fait que les États sont, dans certains cas, eux-mêmes des interprètes authentiques des textes ou encore qu'il existe des instruments qui organisent et guident l'interprétation des instruments du droit international. Mais reconnaître une norme comme *soft* ou *hard* n'est pas moins complexe en droit international qu'en droit interne, ou plutôt, le droit interne – le droit en général – connaît tout autant le cas de normes *soft* devenues *hard* ou de normes *hard* que l'on a rendu *soft* et là encore par interprétation rétroactive.

Sur le premier point, les constitutionnalistes (mais pas qu'eux) savent très bien que nombre de dispositions en apparence très *soft* ont été interprétées dans un sens très *hard*. C'est le cas de la plupart des catalogues de droits dits fondamentaux dont se sont

¹⁷ Cf. BELLIVIER F. et NOIVILLE Ch., *Contrats et vivant : le droit de la circulation des ressources biologiques*, Paris, LGDJ, 2006.

saisies les cours constitutionnelles au cours du XX^e siècle. Et pour le cas français, qui, en 1970, pouvait imaginer que, l'année suivante, un énoncé tel que « [le peuple français] réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » allait conduire le Conseil constitutionnel à faire de ces principes une catégorie de normes et que le Conseil d'État en viendrait à en créer de son côté ? Ou encore, combien de constitutionnalistes en 2005 étaient prêts à reconnaître à la Charte de l'environnement une normativité juridique ? On se gaussait volontiers de ces dispositions jugées vagues et on préférait souvent y voir une déclaration de belles intentions politiques d'un président mal élu en mal de reconnaissance.

Sur le second point, on peut penser à la distinction *a priori* nette entre règlements et directives européennes : la distinction était *hard*, elle a été considérablement assouplie et les directives qui étaient censées indiquer un but sont devenues des normes produisant des effets directs.

On pourrait multiplier les exemples. Que nous enseignent-ils ? Que la distinction entre *hard law* et *soft law* a deux usages.

L'un est politique : en droit international, comme Alain Pellet le montre très bien, les instruments non conventionnels ont constitué, à un certain moment, un moyen « stratégique » relativement efficace à la disposition des États dits du Tiers-monde pour contourner les réticences des pays développés à admettre certaines normes. Cet usage n'a pas disparu. Il s'est même propagé : le droit contemporain – global, transnational, international, européen, national... –, est plein d'instruments dont la fonction est de lancer un mouvement dans une direction spécifique sans contraindre les États membres, mais en faisant le pari que les plus réticents rejoindront le mouvement comme les rivières le fleuve. Parler de droit à l'égard de ces instruments déclaratoires conduit moins à bouleverser un ordre juridique qu'à exploiter la « charge émotive » du langage : « droit » étant un terme connoté positivement, l'employer pour désigner certains

documents revient à leur conférer un statut favorable et chercher à emporter l'adhésion de ceux qui en sont les destinataires¹⁸.

L'autre usage est argumentatif et il est réversible selon que l'on met l'accent sur le *law* ou le *soft*.

Qualifier certains instruments de *soft law* permet aux juges de considérer qu'une disposition non contraignante en ce qu'elle ne prévoit pas explicitement de sanction doit cependant faire l'objet d'une application ou d'un contrôle juridictionnel, ne serait-ce que parce que – *law* oblige – sa validité dépend de sa conformité à des méta-normes organisant la production du droit. En reconnaissant que des instruments *a priori* non contraignants – car n'imposant pas une action spécifique ou ne donnant pas lieu à une sanction propre – peuvent être contrôlés au regard d'autres normes, le juge fait entrer ces instruments dans le système juridique. On ne peut guère y voir une création *ab initio* puisque c'est tout de même un autre instrument juridique qui attribue à telle autorité la compétence de produire ces mêmes instruments. C'est en revanche une extension de sa compétence qu'il serait circulaire d'expliquer par l'expansion de l'État de droit puisqu'elle en est tout simplement la manifestation. Si explication il y a, elle est à chercher du côté d'une forme de nécessité de saisir certains actes et de justifier sa propre existence. Mais l'inverse est parfaitement défendable : les juges peuvent tout aussi bien se fonder sur les apparences non normatives de certains textes – le *soft* – qu'ils ne souhaitent pas appliquer avec rigueur ou dont ils souhaitent neutraliser les effets. Des juges (constitutionnels) peuvent ainsi estimer qu'un texte n'est pas assez normatif pour le censurer au nom d'un « principe de la normativité » du droit (principe lui-même au demeurant très *soft*) selon lequel tel instrument doit être « vraiment »

¹⁸ V. STEVENSON Ch. L., « The Emotive Meaning of Ethical Terms », *Mind*, New Series, vol. 46, n° 181, 1937, p. 14-31 ; NINO C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003, 12^e éd., p. 15-16 et p. 269 et aussi ESCUDERO ALDAY R., « El concepto de *Soft Law* », in MARTÍ J. L. et MORESO J. J. (eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 133-148, not. p. 139.

normatif pour être juridiquement valide. En d'autres termes, et pour paraphraser Justice Hughes « *the soft law is what the judges say it is*¹⁹ ». (Ajoutons que ces usages argumentatifs ne sont pas le seul apanage des juges: les plaideurs peuvent eux aussi y avoir recours pour donner une justification normative à leur demande ou au contraire contester une demande adverse.)

Ainsi, ce qui est au cœur des trois textes que l'on m'a proposé de relire est donc aussi – et comme toujours – une bataille pour la définition du droit. Sauf à penser que le droit a une nature, une essence ou qu'il est une chose en soi qui préexisterait à leur activité, les juristes n'ont guère d'autre choix que d'admettre que le droit est ce qu'ils en disent et ce que certaines autorités réputées juridiquement compétentes configurent comme tel. Les juristes peuvent certes rendre compte en sociologues, ou du moins en observateurs, des usages sociaux du mot « droit » et décrire les concepts que ce même mot permet de forger, ils ne décriront jamais l'essence du droit mais de simples usages et feront, éventuellement, œuvre de lexicographes. Dire que « le droit est un ordre de contrainte » ou que « le droit est l'organisation de la force » revient en définitive à poser des définitions stipulatives dont on attend qu'elles nous permettent de décrire des phénomènes comme « juridiques ». Et affirmer que tel instrument *est* ou *n'est pas* du droit, c'est bien souvent formuler un jugement de valeur fondé sur une définition stipulative du droit.

¹⁹ « *We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is* », HUGHES Ch. E. [Governor of New York, York], « Speech before the Elmira Chamber of Commerce (May 3, 1907) », in Id., *Addresses of Charles Evans Hughes, 1906-1916*, New York, G. P. Putnam's Sons, 2^e éd., 1916, p. 179, ici p. 185.