

**ÉLOGE DU « DROIT ASSOUDI »
Quelques réflexions sur le rôle
de la *soft law*
en droit international contemporain**

PAR

Georges ABI-SAAB

PROFESSEUR À L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DE HAUTES ETUDES INTERNATIONALES (GENÈVE)
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

La lecture du cours magistral de François Rigaux sur « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale » (1) a ravivé dans mon esprit l'éblouissement intellectuel que j'ai ressenti lors de ma première rencontre avec sa pensée, à travers sa « Théorie des qualifications » (2), alors que j'étais encore étudiant.

Presque deux décennies plus tard, j'ai eu la grande chance de le rencontrer personnellement au cours de la préparation de la « Charte d'Alger » (« Déclaration universelle des droits des peuples ») et de découvrir qu'à « l'humanisme juridique » qui m'a ravi dans son premier ouvrage — cette rare combinaison d'une vaste culture juridique et générale sous-tendant un très haut degré de rigueur scientifique dans la technicité créatrice — s'ajoute un sens aigu d'engagement moral pour la défense de la justice, et surtout des victimes de l'injustice partout, avec la même ardeur et la même vigueur qui caractérisent sa démarche scientifique.

L'une des expressions qui m'a le plus frappé à la lecture de son *cours général* est celle de « droit assoué » (3), terme qu'il a formulé pour répondre à celui de *soft law* en anglais et qui

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

(2) *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris LGDJ, 1956.

(3) *Op. cit.*, *supra*, note 1, pp. 362, 375.

a fait irruption dans la littérature du droit international depuis la fin des années soixante.

Mais il ne s'agit pas là d'une simple innovation linguistique (bien que la précision d'expression soit essentielle en droit), mais d'une clarification ou d'une rectification du contenu même de la notion. En effet, *soft* en anglais est un adjectif neutre qui peut désigner des qualités positives ou négatives. Sa traduction française courante jusqu'ici par « mou » privilégie la connotation négative (amolli, avachi, flasque). Mais *soft* peut également signifier doux, tendre, souple, moelleux ou malléable ; des qualités plutôt positives même pour le droit ; il suffit de penser au « Flexible droit » de Jean Carbonnier (4). Le qualificatif assourdi, en revanche, tout en évoquant l'atténuation et la modestie, n'implique aucune connotation négative.

A l'origine, le terme *soft law* a été formulé par Lord McNair pour désigner le droit en forme de propositions ou principes abstraits, en opposition à la *hard law* qui est le droit concret, vécu ou opératoire, issu de l'épreuve judiciaire ; ce qui n'est pas étonnant de la part d'un grand juriste de la *common law*. Et c'est seulement depuis deux décennies que le terme a acquis son sens actuel d'un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë ou mise en question.

Peut être est-il possible de déceler dans cet intérêt relativement récent pour la *soft law* un des nouveaux itinéraires en droit, ou plutôt un changement de perspective, surtout en droit interne, s'éloignant de la vision monolithique du droit comme instrument de contrainte hiérarchique, pour le concevoir également, et de plus en plus, comme moyen de réalisation d'un projet de société partagé parmi ses sujets, un droit négocié et directif, voulu et agréé plutôt qu'imposé, dans des sociétés démocratiques, de plus en plus complexes et segmentées (5).

(4) Paris, LGDJ, 1983.

(5) Voir Ch.-A. MORAND (Ed.), *L'Etat propulsif : Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris, Publisud, 1991 ; et plus particulièrement P. AMSELER, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *ibid.*, pp. 129-154 ; Ch. A. MORAND, « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », *ibid.*, 181-219.

Ces qualificatifs s'appliquent également — mais pour des raisons toutes différentes — au droit international public contemporain, avec son caractère universaliste, donc formellement démocratique, s'efforçant de réglementer une communauté internationale très segmentée par tout genre de disparités et de divisions, qui devient de plus en plus complexe et interdépendante matériellement.

Paradoxalement, malgré l'utilisation du terme et la référence croissante à la notion de *soft law* — ou peut être même à cause d'elles — cette notion est devenue la cible de choix des attaques conservatrices, qui la présentent comme un phénomène ou une excroissance pathologique incarnant tout ce qui ne va pas en matière de production normative en droit international contemporain ; et cela, toujours selon les mêmes critiques, en érodant la distinction entre le droit et le non-droit et en permettant de substituer le vrai droit par du faux ou du moins bon.

Le but de ces quelques réflexions est d'essayer de faire la critique de cette critique, en faisant ressortir la contribution et le rôle spécifique de la *soft law* aujourd'hui.

I. — « LE SEUIL DU DROIT »

La première critique est que la *soft law* accroît l'incertitude du droit en brouillant la distinction entre droit et non-droit, ou en d'autres termes en escamotant le problème du *seuil* du droit qui sépare la *lex lata* de la *lex ferenda*.

Tout d'abord, une clarification s'impose. Elle porte sur le référent ou ce qui est qualifié de *soft*. Car la plupart de la confusion et des malentendus qui alimentent la controverse sur la *soft law* provient de ce qu'on ne spécifie pas s'il s'agit de la norme, c'est-à-dire de la proposition normative elle-même, ou du support qui la porte ; du *negotium* ou de l'*instrumentum* ; du contenu ou du contenant.

Si c'est la norme ou la règle en tant que telle, alors on doit admettre que des supports ou des instruments très durs tels les traités portent souvent des normes très molles dans le sens qu'elles ne sont pas suffisamment concrètes en tant que propo-

sitions normatives pour que leur application puisse se prêter à une vérification objective.

Si en revanche il s'agit du support ou de l'instrument, alors sa mollesse ou plutôt son moelleux — l'ambiguïté de son statut juridique — ne préjuge en rien le statut juridique de la règle qu'il porte. Ce statut doit simplement être recherché en allant au-delà de celui du support en tant que tel, pour établir la signification extrinsèque de cet instrument et des négociations et circonstances qui ont entouré son adoption, plutôt que de s'arrêter à sa valeur intrinsèque en tant qu'instrument ou titre juridique. Conclusion qui se dégage clairement du grand débat doctrinal sur la valeur juridique des résolutions « recommandatoires » de l'Assemblée générale des Nations unies que nous n'allons pas rouvrir ici (6).

Cette clarification circonscrit, mais ne dispose évidemment pas du problème du seuil du droit, qui reste toujours important. Mais la création et l'évolution du droit, et notamment du droit international, ne se réduisent pas à cela. Les capsuler et les formuler exclusivement en termes de seuil, c'est adhérer à la théorie instantanée ou « big bang » de la création du droit, en ignorant tout ce qui précède ce point, c'est-à-dire le processus cumulatif qui a mené à lui et qui continue au-delà (7). Par ailleurs, vouloir à tout prix imposer des seuils et des frontières à des notions et des phénomènes juridiques continus comporte nécessairement une bonne part d'artifice et d'arbitraire.

Mais même s'il faut tracer une frontière ou un seuil *a posteriori* dans la zone grise traversée par ce processus cumulatif, il reste à préciser ce qu'on veut marquer par ce seuil, en d'autres termes à définir le test de la juridicité. Et là aussi, nous devons éviter l'écueil du réductionnisme, car juridicité ne

(6) Pour la position de l'auteur dans ce débat, voir G. ABI-SAAB, in *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Genève, IUHEI, 1971, pp. 9-10 ; « The Legal Formulation of the Right to Development », in *Le droit au développement au plan international* (Colloque, Académie de droit international), La Haye, Sijthoff, 1979, pp. 159-161 ; *Développement progressif des principes et normes du droit international relatifs au Nouvel ordre économique international : Etude analytique* (Annexé au Rapport du Secrétaire général des Nations Unies à l'Assemblée générale, Doc. NU, A/39/504/Add. 1, du 23 octobre 1984), pp. 28-30, § 21-27.

(7) *Ibid.* Cf. G. ABI-SAAB, « La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », 1 *Le droit international à l'heure de sa codification : Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 53-65.

signifie pas nécessairement obligatorité et pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effet obligatoire.

Selon les adeptes de la théorie traditionnelle, une proposition normative (ou l'instrument qui la porte) est juridique dans la mesure où elle est apte à être appliquée par un tribunal international ; en d'autres termes, dans la mesure où ses effets, c'est-à-dire les droits et obligations qui en découlent, sont justiciables. Le test de la juridicité se réduirait ainsi à la justiciabilité. Cependant, il s'agit là d'un critère hautement restrictif qui ne cadre pas avec la réalité juridique, car il disqualifierait une bonne partie des règles constitutionnelles et même du droit public en général, pour ne pas mentionner le droit international où, selon les termes de la CIJ elle-même, « l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire, en dernier ressort, l'objet d'une procédure judiciaire a toujours constitué la règle plutôt que l'exception » (8).

Si ce test est trop étroit pour accommoder certains types de règles bien établies, il l'est davantage pour les règles en formation, qui se trouvent dans la zone grise. Ces dernières soulèvent une question épistémologique ou de la sociologie de la connaissance : quels sont l'objet et le champ légitimes de l'investigation juridique ? Est-ce seulement prendre acte du droit une fois qu'il a atteint pleine maturité, pour l'interpréter en l'état, c'est-à-dire comme une donnée statique ; ou plutôt d'appréhender le phénomène juridique dans sa globalité, dès sa conception, à travers ses différentes phases vers la maturité, et dans ses transformations ultérieures aussi bien que dans ses différentes variétés, qu'elles soient justiciables ou non justiciables ? Et comment peut-on comprendre complètement l'édifice juridique fini sans prendre en considération les différentes pierres de construction et les différentes phases de sa formation qui constituent son parcours et ses origines « génétiques », quel que soit le nom qu'on leur donne : *soft law*, *hard law*, *lex lata*, *lex ferenda* ?

(8) Affaire du *Sud-Ouest africain* (deuxième phase), CIJ, *Rec.*, 1966, p. 44, § 86. Il est vrai que la justiciabilité peut être présentée comme fonction de facteurs endogènes (ayant trait au contenu de la règle ou des différends qui s'y réfèrent) ou exogènes (de par l'absence d'habilitation juridictionnelle pour connaître de ces différends). Le résultat reste cependant le même.

La pertinence juridique du droit en formation n'est cependant pas exclusivement épistémologique ou cognitive ni seulement retrospective en ce sens qu'elle ne se présente qu'une fois que les règles ont atteint leur maturité, pour comprendre comment elles sont devenues ce qu'elles sont. Car les phases intermédiaires et les briques ou pierres de construction produisent des effets juridiques immédiats bien que de manière indirecte ou par ricochet, comme on le verra plus loin.

II. — « LA QUALITÉ » ET LES VARIÉTÉS DU DROIT

La seconde critique de la *soft law*, qui est en réalité une autre manière de formuler le même grief, souligne le danger qu'elle représente pour la qualité du système juridique international, celui de remplacer le vrai droit par du faux, ou du moins par un sous-produit, à la manière de *Gresham's law* selon laquelle « la mauvaise monnaie chasse la bonne de la circulation ». Ce qui serait vrai (à supposer qu'on accepte comme exacts pour le moment les qualificatifs vrai et faux), si la *soft law* est utilisée en lieu et place plutôt qu'à côté de la *hard law*. Mais cela n'est pas le propos de la *soft law*.

Il est vrai que la *soft law* peut jouer un rôle contestataire et révisionniste important, en mettant en question le droit existant et en exprimant les tendances souhaitées pour son changement. Mais même là, elle ne le remplace pas simplement. Car elle peut détruire la règle ou réduire sa crédibilité sans plus, comme elle peut préfigurer une nouvelle règle qui doit toutefois se consolider autrement. Les deux cas de figure révèlent le rôle dynamique, et le second le rôle également constructif de la *soft law* aux côtés de la *hard law*.

En effet, de par sa souplesse et sa fluidité, la *soft law* peut se déployer là où le *hard law* ne peut ou n'ose s'aventurer. Son rôle propre est par conséquent d'*étendre l'empire du droit* (pour emprunter le titre de Ronald Dworkin (9)) ; et cela de deux manières complémentaires, mais différentes.

(9) *Law's Empire*, Cambridge, Harvard U.P., 1986.

a) En premier lieu, la *soft law* explore et défriche les nouvelles aires d'expansion de la réglementation juridique. En d'autres termes, elle joue le rôle d'éclaireur et de tête de pont de cette expansion, démarquant les nouveaux territoires de la réglementation, articulant l'intérêt commun ou la valeur commune qui lui sert de but et d'objectif, et traçant les lignes générales qu'elle doit suivre ; tout en incitant les Etats à aller de l'avant dans l'élaboration de cette réglementation ou à l'affiner davantage dans son contenu et dans ses instruments.

La *soft law* sert ainsi de curseur et de locomotive dynamique au processus cumulatif du développement du droit et jalonne ses étapes à travers la zone grise. Mais même comme une étape dans l'évolution du droit, un « droit vert » comme l'appelle le Professeur René-Jean Dupuy, il s'agit bien de « droit », avec certains effets juridiques immédiats indéniables (à part le fait de fournir les paramètres des règles en formation) : établir l'intérêt et partant la compétence internationale de régler juridiquement la matière en question ; l'exclure par là même du domaine réservé des Etats, et préempter ainsi l'action unilatérale discrétionnaire de ces Etats, avant même l'avènement des règles précises qui l'interdisent ou la limitent (ou du moins la rendre beaucoup plus difficile, en renversant le fardeau de justification juridique ; ce qui est en droit international, en l'absence de pouvoir judiciaire et exécutif centralisés, le premier germe de l'obligation) ; infirmer ou affaiblir également les règles contraires préexistantes en la matière (et surtout la règle résiduelle de liberté d'action en l'absence d'injonctions concrètes) ; délégitimer l'action contraire et légitimer l'action conforme, toujours avant même l'aboutissement de la nouvelle réglementation.

Cette variété de *soft law* énonce ou exprime ainsi la conscience de la communauté internationale du besoin d'une certaine réglementation juridique. Il est vrai que cette intention législative n'est pas suffisante en soi pour produire le résultat voulu ; de plus, elle ne prend pas en compte toutes les péripéties qui peuvent interrompre le processus d'élaboration d'une telle réglementation. Mais elle multiplie les probabilités de son aboutissement ; au point d'imposer sa prise en considération immédiate par le droit. De sorte que, sans être obliga-

toire et applicable en tant que telle directement, elle produit certains effets juridiques immédiats, même s'ils sont du type collatéral, indirect ou par ricochet ; et cela non seulement en forme de mesures provisoires de protection d'un probable « intérêt juridique futur » ou en gestation, mais surtout en influençant la compréhension et l'application du droit préexistant, comme on vient de le voir.

En remplissant ce premier rôle d'étape dans l'évolution du droit, la *soft law* d'aujourd'hui est ou énonce la *hard law* de demain. Il ne s'agit pas cependant, d'une *lex imperfecta*, d'un droit défectueux, mais d'un droit en gestation, *in statu nascendi*, trop jeune encore pour avoir tous les attributs et la force de la maturité.

b) La *soft law* peut également être elle-même le produit final et non seulement une étape ou une phase intermédiaire dans le cycle de vie du droit ; le produit voulu ou le plus approprié pour l'utilisation instrumentale qu'on envisage pour elle.

En effet, si l'on considère les fonctions du droit et son rôle en société, et si nous nous détachons pour un moment de la conception populaire du droit comme « limitée » à l'action ou au comportement — ce qui est vrai mais qui ne recouvre qu'une partie de la vérité — nous nous apercevons que le droit joue aussi un rôle grandissant comme « facilité », par habilitation, mais surtout en tant qu'instrument d'action collective (10).

Le droit international classique, le « droit de coexistence » — selon les termes de Wolfgang Friedman — correspond en grande partie à la conception étroite du droit, car il impose surtout des obligations d'abstention ou de ne pas faire. Ces obligations sont par définition des « obligations de résultat » (11). Car on ne saurait imaginer une gradation dans l'abstention. C'est seulement à propos de cette variété particulière

(10) Sur ces rôles contrastés du droit voir G. ABI-SAAB, *International Crises and the Role of Law : The United Nations Operation in the Congo 1960-1964*, Oxford, O.U.P., 1978, pp. 198-200. Voir également, pour ce qui est du droit interne, MORAND, *op. cit.*, *supra*, note 5.

(11) Nous entendons ce terme dans le sens du droit civil, où la prestation exigée est un résultat à atteindre et non pas seulement un effort en vue de l'atteindre ; et non dans le sens qui lui est donné par le Professeur Ago dans son Projet d'articles adopté par la C.D.I. sur la responsabilité des Etats, pour qui l'« obligation de résultat » impose au sujet d'atteindre le résultat tout en lui laissant le choix des moyens (comme les directives en droit européen), alors que l'« obligation de moyen » lui impose également le moyen.

de droit que se vérifie ce que disent certains auteurs, que le droit (entendu comme produit fini) est dur ou il n'est pas.

En revanche, le droit international de coopération, qui occupe de plus en plus d'espace en droit international contemporain, prescrit une action collective dans la poursuite d'un but commun. Il sert ainsi de plan pour la réalisation de cette action collective et pour la répartition des tâches entre les sujets, en imposant surtout des obligations de faire et en les dosant selon les possibilités de chacun. Ce sont largement des « obligations de moyen ». Car la réalisation complète de la prestation de chacun dépend de trop de facteurs exogènes, y inclus la réalisation par les autres sujets de leurs propres prestations, pour que l'ordre juridique puisse raisonnablement le tenir pour garant de ce résultat quelles que soient les circonstances.

Une loi de budget n'est pas tellement différente ; ni la plupart du droit public où des fonctions qui doivent être remplies en vue d'attendre certains buts communs se traduisent par des habilitations en forme d'octroi de pouvoirs et de compétences liés par ces buts et d'obligations d'agir, c'est-à-dire d'exercer ces pouvoirs et ces compétences dans la poursuite de ces buts, qui sont largement des obligations de moyen.

La gradation de la marge de discrétion laissée aux sujets dans l'exécution des obligations de moyen rend cette exécution, au-delà d'un certain point, invérifiable par un contrôle objectif externe, tel le contrôle judiciaire. De sorte que même quand de telles obligations sont portées par des instruments contraignants comme des traités, elle ne se prêtent pas à ce type de vérification. Nous parlons alors d'un « contenu » *soft*.

Ce choix est dicté quelques fois par la nature même de l'objet de la réglementation, par son caractère fluide et hautement changeant ou dépendant de facteurs imprévisibles. C'est ce qui explique la teneur très floue et la multiplication des échappatoires dans beaucoup de conventions de réglementation économique (pour éviter de les réviser en permanence).

Un autre terme d'alternative reste cependant ouvert aux Etats, s'ils estiment qu'ils ne peuvent assumer des obligations contraignantes à cause de la nature de l'objet ou de la conjoncture politique, tout en considérant une certaine réglementation nécessaire ou utile pour guider ou coordonner leurs

actions. Plutôt que d'adopter un instrument dur à contenu mou, qui ne servirait que de coquille vide (sans pouvoir remplir même minimalement la fonction de régulation dont ils ont besoin), ils peuvent préférer adopter une réglementation significative (c'est-à-dire à contenu dur) qu'ils inclueront dans un instrument *soft*, qui n'est pas contraignant en soi, pour éviter l'entrée en jeu des règles secondaires de la responsabilité en cas de déviation.

C'est dans ce contexte que s'insère la problématique des « accords non-contraignants » (*non-binding agreements*) ; ce qui ne veut pas dire que ces accords soient « dépourvus » de toute « portée juridique entre leurs auteurs », comme le laisse entendre le libellé utilisé pour les désigner par l'Institut de droit international (12) ou qu'ils soient des accords purement politiques ne produisant aucun effet sur le plan du droit (13). Même si l'effet obligatoire primaire est exclu par les termes mêmes de l'accord ou par l'intention manifeste des parties, ces accords gardent une certaine pertinence juridique et produisent du moins des effets juridiques latéraux ou indirects du type décrit ci-dessus, qu'on les explique de la même manière ou qu'on invoque la bonne foi ou l'estoppel ou d'autres arguments techniques encore. Car l'intention normative (ou législative) ne saurait être totalement neutralisée ou dépourvue d'effets, quelle que soit la manière dont on rationalise ou on explique ces effets.

En somme, la *soft law* est ni du non-droit ni une *lex imperfecta*. Elle n'est pas non plus toujours et nécessairement un droit en gestation, car il peut s'agir également d'un droit différent, ou d'une variété de droit qui remplit une fonction différente de celle du droit « limite » : non pas le droit cassant du justicier ou du gendarme, mais celui, plus discret et malléable, de l'architecte social, auquel sied à la perfection la dénomination « droit assourdi ».

(12) « Textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus », M. VIRALLY, rapporteur. Voir 60 *Annuaire I.D.I.* (1983), tome 1^{er}, pp. 166-257 (Rapport préliminaire), 307-327 (Rapport définitif) ; tome 2, pp. 117-153 (Discussion du sujet).

(13) Voir remarques G. ABI-SAAB, *ibid.*, pp. 144-145.

DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

PAR

Mohammed BEDJAOUI

JUGE À LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
MEMBRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

I. — INTRODUCTION

« *Le Conseil de sécurité n'est pas un organe qui simplement applique le droit convenu*, écrivait le célèbre secrétaire d'Etat américain John Foster Dulles. *Il est par lui-même un droit* » (1). Cette formule illustre assez bien la manière dont diverses puissances conçoivent longtemps les pouvoirs du Conseil de sécurité. Elle exprimait une sorte d'idée reçue selon laquelle le Conseil de sécurité applique un « droit autonome », corps de règles particulier qu'il élabore en toute discrétion, pour s'acquitter pleinement de sa mission primordiale de maintien et de rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

Cette idée que le Conseil de sécurité crée et impose son droit pose bien évidemment, outre le problème de vérifier son exactitude, celui de savoir si, dans son action de « law-maker », le Conseil de sécurité est dispensé de respecter d'une part les dispositions de la Charte des Nations Unies et d'autre part les règles et principes du droit international. Questions d'importance exceptionnelle, mais nullement nouvelles. Elles animèrent les débats de la Conférence de San-Francisco et alimentèrent plus tard dans la pratique les controverses sur la compétence du Conseil, l'étendue et les limites de ses pouvoirs.

(1) John FOSTER DULLES, *War or Peace*, The MacMillan Company, New-York, 1950 : « The Security Council is not a body that merely enforces agreed law. It is a law unto itself », p. 194 (italiques ajoutées).