

LE VERTIGE ET LA *SOFT LAW* : RÉACTIONS DOCTRINALES EN DROIT INTERNATIONAL

*Par Isabelle Duplessis**

Plusieurs juristes, tant au plan national qu'international, s'interrogent devant l'intensification contemporaine de l'utilisation de formes souples de régulation sociale, regroupées communément sous le qualificatif de *soft law*. Dans le cadre de la gouvernance mondiale, ce phénomène n'a-t-il pas pour conséquence de rendre indiscernable le droit de la morale, de la politique ou encore de l'économique? La *soft law* ne constitue-t-elle pas, dans bien des cas, une stratégie d'évitement du droit déployée par différents acteurs internationaux? À terme, n'est-elle pas susceptible de dissoudre les obligations juridiques contraignantes? L'exemple de la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* adoptée en 1998 par l'Organisation internationale du Travail nous permettra de mieux comprendre les fondements du malaise doctrinal perceptible en droit international public depuis la parution de l'article de Prosper Weil sur la normativité relative dans les années quatre-vingt.

National and international jurists are now questioning themselves about the contemporary intensification of the use of flexible forms of social regulation, collectively re-categorized under the qualifier of soft law. Within the framework of global governance, does this phenomenon result in indiscernible moral, political and even economic laws? Is soft law, in most cases, a strategy used to avoid laws enacted by different international actors? Finally, is soft law able to dissolve restricting juridical obligations? The example of the *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* adopted in 1998 by the International Labour Organization allows us to better understand the basics of this recognizable doctrinal malaise in public international law since the publication of the Prosper Weil article on relative normativity in the eighties.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Canada. Je dédie le fruit de ces réflexions en hommage à celle qui les a initiées, Madame Katia Boustany. Les recherches qui ont conduit à la rédaction du texte ont bénéficié du soutien du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) – Programme INÉ du Canada dans le cadre d'un projet intitulé *Les rapports dialogiques entre le droit constitutionnel et le droit international : effets sur les fondements de l'État et la représentation de la société civile dans un contexte de mondialisation*. Les recherches ont également bénéficié de l'appui du Fonds Georg Stellari de la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour un projet intitulé *La fonction de la soft law en droit international et la régulation des sociétés décentralisées*. Ces premières réflexions sur les réactions doctrinales face à la *soft law* ont été présentées lors d'une rencontre en janvier 2006 entre membres du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Leurs commentaires et questions m'ont été d'une grande richesse et je les en remercie.

*Un être humain en vie
Est souple et tendre
Mort, il est dur et raide*

*Les herbes et les arbres en vie
Sont flexibles et fragiles
Morts, ils sont secs et recroquevillés*

*Ainsi, dureté et rigidité sont compagnons de la mort
Fragilité et souplesse sont compagnons de la vie*

*Une armée puissante ne vaincra pas
Un arbre solide sera coupé par la hache*

*Le grand et le fort sera abaissé
Le souple et le fragile sera élevé*

Lao-Tseu**

Au cours des dernières années, plusieurs juristes ont annoncé la mort du positivisme comme théorie susceptible d'appréhender le phénomène du droit. La longue agonie de ce modèle dominant se poursuivrait, encore aujourd'hui, avec l'émergence de nouvelles formes de régulation sociale aux côtés des normes juridiques traditionnelles issues de l'institution étatique. Ces formes de régulation s'imposeraient notamment par la voie d'un droit dit négocié, contractualisé ou privatisé, entre les acteurs directement concernés¹. Si les manifestations d'une normativité polycentrique repérées à l'intérieur des démocraties libérales sont assez récentes au plan national et expliquent pourquoi certains juristes y voient les signes de la mort du positivisme, elles ne datent pas d'hier sur la scène internationale. À cet égard, le droit international peut même faire figure de laboratoire pour l'analyse des systèmes juridiques nationaux². Il fournit de précieux enseignements quant aux

** Lao-Tseu, *Tao-tö king*, Paris, Albin Michel, 1978.

¹ Cette tendance à la décentralisation dans la production et l'application du droit s'inscrit dans un modèle théorique différent de celui préconisé de manière emblématique par le positivisme de Hans Kelsen. Au lieu d'un ordre hiérarchique, il faudrait plutôt appréhender le phénomène du droit à partir de l'image d'un réseau sans que disparaisse toutefois le modèle pyramidal propre au positivisme normativiste. Cette coexistence de la pyramide et du réseau correspond, dans l'univers de la politique juridique, au passage de la réglementation à la régulation, de la gouvernance au lieu du gouvernement. Nous sommes dès lors confrontés, pour mieux et plus de coordination sociale, à des processus normatifs qui font intervenir directement les acteurs concernés et ces derniers ne relèvent pas obligatoirement de l'institution publique étatique. Lire en particulier François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St-Louis, 2002; Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, 2000; Alain Supiot, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser » (2001) 46 *Rev. Interdiscipl. Et. Jur.* 26.

² En devenant un modèle pertinent d'analyse de l'évolution de la technique juridique, le droit international déjoue de manière inattendue la conception positiviste influente qui le présentait à

formes de régulation susceptibles de se développer en l'absence d'une organisation hiérarchique qui garantit, au besoin par la force, l'existence d'un corps social.

Premièrement, composant avec le principe de l'égalité souveraine des États et un ordre conséquemment décentralisé, le droit international a toujours davantage traduit une logique de coordination qu'une logique de subordination dans la production et l'application du droit. Dans une société ignorant l'existence d'une autorité supérieure, les États souverains incarnent les principaux sujets du système juridique international et seules les obligations juridiques qu'ils ont librement créées peuvent leur être en retour opposables. Deuxièmement, parallèlement à cette structure d'obligations juridiques consensuelles des États, la scène internationale a rapidement été traversée par des formes de régulation plus souples. Différents instruments, regroupés maintenant sous le qualificatif de *soft law*, ont cherché à inciter une action normative de la part des États mais sans toutefois faire appel à la contrainte juridique. Au départ, ces formes souples de normativité caractérisaient pour l'essentiel le travail des organisations internationales, sujets de droit dérivés par rapport aux États. Dès le début du XX^e siècle, les organisations intergouvernementales devront en effet privilégier une méthode autre que le commandement hiérarchique pour encourager l'inévitable coopération internationale sans, du coup, heurter la susceptibilité des États souverains et leur refus catégorique d'une autorité supranationale.

Loin de diminuer au plan international, le phénomène de la *soft law* s'intensifie au contraire depuis une trentaine d'années³. Dorénavant, il ne relève plus seulement de l'activité des organisations internationales, mais qualifie également certaines relations normatives entre les États et est même récupéré de manière importante par des acteurs non étatiques afin d'encadrer les relations internationales. L'intensification des formes souples de normativité et la diversification des acteurs qui y ont recours exigent une réflexion approfondie sur le rôle de la *soft law* dans le système juridique international contemporain et, plus généralement, sur la fonction de ce mode de régulation pour les sociétés décentralisées, qu'elles soient nationales ou internationales.

l'inverse comme un système juridique primitif inachevé en comparaison du droit national. Pour un aperçu de cette position, lire le classique de Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Nous adoptons plutôt une approche méthodologique du droit pour mesurer l'apport du droit international pour l'évolution de la technique juridique. « On relèvera, au passage, que l'idée est couramment répandue chez les juristes selon laquelle, avec les progrès de l'intégration de la société internationale, le droit international public se rapprocherait de plus en plus du modèle du droit interne. Mais il ressort des développements précédents que, dans les sociétés occidentales avancées, c'est le droit interne qui, par un mouvement inverse, tend à s'aligner sur le modèle du droit international public dans ses formes les plus classiques et encore largement dominantes » : Paul Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales » dans Charles-Albert Morand, dir., *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991 à la p. 153, voir également les pp. 129-154.

³ Pierre-Marie Dupuy, « Soft Law and the International Law of the Environment », (1991) 12 Mich. J. Int'l L. 420.

A priori, la *soft law* semble être une réponse sociale et juridique à la complexification de l'ordre international⁴. D'une part, elle constitue un mode de régulation incontournable pour une société mondialisée à risque, dont les liens de solidarité demeurent distendus, alors que certains acteurs qui la composent désirent néanmoins coopérer plus étroitement. D'autre part, elle bénéficie d'un mode d'ajustement propre au système juridique lui permettant de tenir compte des modifications entraînées par la complexité croissante de l'ordre international dans un contexte décentralisé, c'est-à-dire dépourvu d'une autorité exclusive qui donne, interprète et garantit l'application de la loi au moyen de la force si nécessaire.

En outre, face à la prolifération des instruments de *soft law* au caractère parfois incantatoire, sinon souvent imprécis, il importe de s'interroger plus avant sur les aspects négatifs que ce phénomène peut comporter pour le système juridique international. La *soft law* perturbe indéniablement la théorie traditionnelle des sources en droit international. En brouillant les catégories, les obligations juridiques ne deviennent-elles pas elles-mêmes indiscernables? Qu'est-ce qui est du droit, qu'est-ce qui ne l'est pas? Le système juridique, plongé dans l'incertitude, est-il menacé? Les effets pervers de la *soft law* surclasseraient-ils son utilité en affaiblissant le droit tout court?

Au début des années quatre-vingt, un courant doctrinal avait déjà soutenu cette position et jeté l'anathème sur toute forme de normativité relative⁵. Il convient de revenir sur le débat afin de juger des effets pervers dans la pratique : les craintes évoquées dans la doctrine sont-elles exagérées? Ne méconnaissent-elles pas les vertus de la mollesse pour la régulation des sociétés décentralisées? De surcroît, compte tenu de la pratique des États et des acteurs non étatiques qui, eux, n'hésitent pas à user de la *soft law* pour encadrer leurs relations internationales contemporaines, les craintes évoquées ne doivent-elles pas être circonscrites à une querelle doctrinale?

Au départ, nous chercherons à saisir le phénomène contemporain de la *soft law* dans ses diverses manifestations. Nous analyserons ensuite les fondements du malaise doctrinal en droit international et en droit international du travail plus spécifiquement. La régulation du domaine socio-économique, terrain par nature complexe et propice à la prolifération des formes de normativité relative, illustrera notre propos. Les exemples seront puisés de l'activité normative de l'Organisation internationale du travail (OIT), organisation internationale tripartite composée de représentants travailleurs, employeurs et gouvernementaux, qui combine la *hard law* et la *soft law*, parfois au sein d'un même instrument et, plus récemment, avec

⁴ Sur la globalisation des systèmes et la complexification de l'ordre international, lire Niklas Luhmann, « The World Society as a World System » dans Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, New York, Columbia University Press, 1990 aux pp. 175-190. Consulter, plus spécifiquement, François Crépeau, dir., *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997; Benoît Frydman, « Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes » dans Monique Chemillier-Gendreau et Yann Moulier-Boutang, *Le droit dans la mondialisation. Une perspective critique*, Paris, PUF, 2001 aux pp. 59-76; Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

⁵ L'anathème a été jeté, en particulier, avec l'article retentissant de Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international? » (1982) 86 R.G.D.I.P. 5.

l'adoption en 1998 de la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail*⁶. En conclusion et à la lumière de nos réflexions, nous nous prononcerons sur le bien-fondé des craintes doctrinales concernant les effets pervers de la *soft law* pour le développement du droit international.

I. Les manifestations contemporaines de la *soft law*

La complexité du processus de création des normes juridiques dans une société décentralisée comme la communauté internationale ne serait plus traitée adéquatement par les catégories traditionnellement reconnues de la théorie positiviste des sources⁷. On entend généralement par là celles énumérées à l'article 38(1) du *Statut de la Cour internationale de justice*⁸. Plus particulièrement, le traité et la coutume constitueraient pour certains ce qu'il convient maintenant d'appeler du droit dur ou de la *hard law*. En cas de violation, une règle *hard*, conventionnelle ou coutumière, se particulariserait par le recours possible à la sanction judiciaire. En opposition, la *soft law* regrouperait les phénomènes que la théorie des sources en droit international ne reconnaîtrait pas⁹. La norme souple serait par définition non contraignante et le fait qu'elle ne soit pas respectée n'appellerait pas de sanction.

La *soft law*, en tant que catégorie subsidiaire, demeure elle-même difficile à saisir, car elle désigne des phénomènes différents et des instruments à la normativité protéiforme¹⁰. Pour les fins de notre propos, l'expression générique décrit les déclarations des conférences intergouvernementales, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, les recommandations des organisations internationales, les dispositions souples dans un traité, les conventions non ratifiées, les actes concertés non conventionnels, les *gentlemen's agreements*, les avis consultatifs, les

⁶ OIT, Conférence internationale du Travail, 86^e sess., *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi* (1998) [*Déclaration de l'OIT de 1998*].

⁷ Alan E. Boyle, « Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law » (1999) 48 I.C.L.Q. 901 à la p. 901. « *The traditional sources of international law are frequently attacked as being too narrow, backward-looking, and at any rate, incapable of coping with the modern problems of international relations* » : Eibe Riedel, « Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? » (1991) 2 E.J.I.L. 58 à la p. 58.

⁸ L'article 38(1) se lit comme suit : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d) sous réserve de la disposition de l'article 59, des décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » : Annexe de la *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

⁹ Michèle Olivier, « The Relevance of "Soft Law" as a Source of International Human Rights » (2002) *Comp. & Int'l L.J.S. Afr.* 289 à la p. 294.

¹⁰ Richard R. Baxter, « International Law in "Her Infinite Variety" » (1980) 29 I.C.L.Q. 549; Boyle, *supra* note 7; Jan Klabbbers, « The Undesirability of Soft Law » (1998) 67 *Nordic J. Int'l L.* 381 à la p. 385; Alain Pellet, « Le "bon droit" et l'ivraie – plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement) » dans *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international. Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984 aux pp. 465-493.

opinions individuelles et dissidences des juges de la Cour internationale de justice (CIJ) ainsi que les codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non étatiques comme les entreprises multinationales. Les effets juridiques de ces divers instruments ne sont pas nécessairement équivalents, mais leur caractéristique commune serait d'être souvent le fruit d'une négociation, sinon toujours d'une rédaction minutieuse.

La prolifération des formes souples de normativité serait transparente dans les domaines où l'État demeure jaloux de sa souveraineté ou désireux de préserver une certaine autonomie, alors qu'il est simultanément impérieux de développer la coopération internationale¹¹. Les États peuvent en effet vouloir atteindre certains objectifs par une action collective tout en se créant des obligations limitées¹². Pensons, entre autres, aux secteurs de l'environnement, du nucléaire, des relations économiques et financières, du droit au développement et du droit international du travail.

La seule énumération de ces « lieux » propices à l'avènement des formes souples de normativité nous renseigne sur les raisons d'être de la *soft law*. Indiscutablement, son avantage est d'offrir aux acteurs internationaux une plus grande flexibilité par rapport aux sources traditionnelles du droit comme le traité et la coutume¹³. De manière générale, l'instrument souple est plus rapide à négocier qu'un traité¹⁴. En amont, il évite la procédure de ratification des traités par les branches législatives nationales. Les difficultés constitutionnelles relatives à la sphère interne de chaque pays ne constituent donc pas une épée de Damoclès au plan international et ne freinent ni les négociations ni les concessions entre les États parties¹⁵. En outre,

¹¹ Kenneth W. Abbott et Duncan Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance » (2000) 54 *International Organization* 421 à la p. 423; Hartmut Hillgenberg, « A Fresh Look at Soft Law » (1999) 10 *E.J.I.L.* 499 à la p. 501.

¹² Tadeusz Gruchalla-Wesierski, « A Framework for Understanding "Soft Law" » (1984) 30 *McGill L.J.* 37 aux pp. 39-40.

¹³ Michael Bothe, « Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations? » (1980) *Netherlands Yearbook of International Law* 65 à la p. 92. « On s'est plu à mettre en évidence que l'existence de *soft law* révélait une certaine situation politique de la société internationale de plus en plus éclatée et complexe, soumise aux accélérations de l'histoire, et ayant besoin d'instruments plus flexibles, susceptibles de donner une expression normative à des domaines où les sources traditionnelles s'avéraient inadaptées » : Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 aux pp. 58-59.

¹⁴ Ce commentaire sur la rapidité est valable *a fortiori* pour la comparaison entre la négociation et l'adoption d'un instrument de *soft law* face à la formation sédimentaire et évanescence de la coutume. Le facteur temps avait d'ailleurs déjà soulevé des problèmes pour la règle coutumière à l'intérieur du système juridique. La norme conventionnelle écrite lui a été préférée historiquement pour des raisons de rapidité dans le processus de création de la norme juridique internationale, le processus de sédimentation de la norme coutumière étant par définition plus lent. Pour cette raison, ce processus est apparu incapable au 20^e siècle de traiter adéquatement la réalité de notre monde vécue à travers le prisme accélérant des avancées techniques et technologiques. Cette appréciation sur la lenteur de la coutume demeure à ce jour pertinente, malgré toute l'atténuation apportée à l'élément du temps nécessaire pour la formation de la règle coutumière par la Cour internationale de justice dans l'*Affaire du plateau continental de la mer du Nord (République Fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas)*, [1969] C.I.J. rec. 3 à la p. 4 aux para. 73-74.

¹⁵ Bothe, *supra* note 13 à la p. 90; Boyle, *supra* note 7 à la p. 903.

une fois adopté, l'instrument de *soft law* est susceptible d'être révisé ou amendé rapidement, dans un contexte où les comportements normatifs doivent répondre tôt ou tard aux transformations de l'ordre social. Enfin, il est toujours plus facile de s'en retirer ou d'y mettre fin sans encombre¹⁶.

L'instrument de *soft law* voit ses chances renforcées d'être utilisé dans les matières où la complexité naturelle et sociale défie nos catégories usuelles et nos capacités décisionnelles. Il permet de faire approuver des normes sur des sujets encore incertains, fortement dépendants des avancées techniques, ou dont la validité scientifique est discutée¹⁷. Un instrument souple peut également faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement et qui rencontre des résistances de la part de certains États¹⁸ ou groupes de pression à l'intérieur des États.

Enfin, la *soft law* élargit le cercle des acteurs impliqués dans la création des normes internationales. Des acteurs non étatiques, qui ne sont pas reconnus comme des sujets de droit à part entière par la théorie positiviste en droit international, créent respectivement des normes dans leur domaine qui est devenu international dans la pratique. La *soft law* expliquerait ainsi des accords passés avec des parties inaptes à conclure des traités suivant le droit international des traités¹⁹, ou atypiques pour le droit international général comme les entreprises multinationales ou les organisations non gouvernementales (ONG)²⁰.

¹⁶ Chinkin soulève d'ailleurs avec perspicacité une coïncidence entre la prolifération des instruments de *soft law* à partir des années 1970 et l'adoption en 1969 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980), qui raffermirait les règles en matière de droit international des traités : Christine M. Chinkin, « The Challenge of Soft Law : Development and Change in International Law » (1989) 38 I.C.L.Q. 850 à la p. 860. Voir aussi sur la question de la simplification qu'offre la *soft law* par opposition aux processus de révision ou d'amendement et de terminaison des traités : Malgosia Fitzmaurice, « The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law » (2002) 73 Brit. Y.B. Int'l L. 141 à la p. 180; Hillgenberg, *supra* note 11 à la p. 501.

¹⁷ Pensons, dans le secteur du nucléaire, ce noyau dur de la souveraineté de l'État, aux codes de conduite sur la sécurité nucléaire adoptés par l'Agence internationale de l'Énergie atomique (AIEA). Pour une critique des activités de l'AIEA, le lecteur consultera Katia Boustany, « Le rôle de l'AIEA dans la gestion du secteur nucléaire : une appréciation critique » (2002) 15.1 R.Q.D.I. 1. Pensons aussi, en matière environnementale, à l'incertitude scientifique qui a accouché du principe juridique de précaution.

¹⁸ Pensons seulement, à partir des années 1970, aux controverses liées au Nouvel Ordre Économique International et à l'utilisation par les États décolonisés récemment membres des Nations unies des résolutions de l'Assemblée générale afin d'appuyer leurs revendications quant à un droit au développement. *Déclaration sur le droit au développement*, Rés. A.G. 41/128, Doc. off. AG NU, 41^e sess. (1986).

¹⁹ À l'instar des entités fédérées dépourvues par la loi constitutionnelle de leur État fédéral de la capacité de traiter : Hillgenberg, *supra* note 11 à la p. 501. L'article 2 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969, *supra* note 16, ne laisse aucun doute quant au domaine d'application de la convention qui embrasse les traités écrits conclus par les États. L'article 6 reconnaît quant à lui la capacité pleine et entière de l'État à conclure des traités.

²⁰ Marcelo Dias Varela, « La complexité croissante du système juridique international : certains problèmes de cohérence systémique » (2003) 36 :2 Rev. B.D.I. 331 aux pp. 355-356.

II. Réactions doctrinales face à la *soft law* en droit international

Le malaise théorique face au phénomène de la *soft law* a éclaté dans la doctrine au début des années quatre-vingt. En fait, depuis la publication de l'article de Prosper Weil sur la normativité relative en droit international²¹, les vertus et les dangers de la *soft law* font l'objet d'incessants débats. L'expression *soft law* avait pourtant été consacrée dans la littérature dès la fin des années soixante, mais l'heure n'était pas encore aux déchirements doctrinaux et elle n'a pas immédiatement mis le feu aux poudres²². Le terme aurait été formulé à l'origine par Lord McNair pour désigner les principes abstraits en droit en opposition à la *hard law* ou le droit concret, opératoire, issu de l'épreuve judiciaire²³. Sous l'impulsion de l'article de Weil, une partie de la doctrine reproche à la *soft law* de provoquer une confusion conceptuelle au détriment de la théorie des sources énumérées à l'article 38 du *Statut de la Cour de Justice internationale*²⁴. Ce faisant, la confusion affaiblirait le droit international dans son ensemble.

²¹ Weil, *supra* note 5.

²² Se remémorant le Cours général de droit international privé de François Rigaux où il avait entendu pour la première fois le terme « droit assourdi », le professeur Georges Abi Saab poursuit ses réflexions sur l'expression *soft law* à proprement parler et les préjugés qui, spontanément, entourent l'image d'un droit empreint de mollesse : « 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 » : Georges Abi Saab, « Éloge du "droit assourdi" ». Quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain » dans *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993 aux pp. 59-60, voir également les pp. 59 à 68. L'expression *soft law* serait en quelque sorte victime d'un préjugé extrêmement défavorable, alimenté par l'imaginaire de l'homme occidental et lié à l'opposition manichéenne « fort-faible ». Tout ce qui est *soft* contrarie la volonté de domination de l'individu sur la nature et la société. L'un des objectifs de la modernité n'était-il pas pour l'Homme de maîtriser les contraintes du milieu ambiant? Dans ce projet typiquement moderne, la mollesse ne pouvait être qu'honnie : Miguel Benasayag, *Le mythe de l'individu*, Paris, La Découverte, 2004 aux pp. 156 et ss.

²³ Lord Arnold McNair, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties » (1930) 11 *Brit. Y.B. Int'l L.* 100.

²⁴ *Supra* note 8. Sur l'effritement des sources énumérées à l'article 38, René-Jean Dupuy, observateur de la première heure du phénomène de la *soft law*, constate : « Si les âges classiques sont ceux des distinctions nettes entre catégories précises, l'effritement des colonnes du temple de la loi érigé par l'article 38 du Statut de la Cour exprime assez bien un des aspects des mutations de la société internationale du temps présent ». Voir René-Jean Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatore – de la coutume sauvage à la "*soft law*" », Communication, Colloque de Toulouse de la Société française pour le droit international, 16-18 mai 1974, à la p. 1. Pour la traduction anglaise de ce texte, consulter « Declaratory Law and Programmatore Law : From Revolutionary Custom to "Soft Law" », dans Robert J. Akkerman, Peter J. Van Krieken and Charles O. Pannenburg, dir., *Declarations on Principles, a Quest for World Peace (Liber Röling)*, Sijthoff, Leyden, 1977 aux pp. 247-257. Considérant l'énumération de l'article 38, Ian D. Seiderman parle d'une nomenclature des sources qui ne serait plus exhaustive dans la description des phénomènes normatifs : Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law : The Human Rights Dimension*, Antwerp, Intersentia, 2001 à la p.13.

Certes, la *soft law* introduit un relativisme quant au seuil de normativité²⁵. Mais si le système gagne en flexibilité, il perd en précision dans la détermination des obligations juridiques internationales. Pour plusieurs juristes, cette indétermination à l'intérieur d'un système juridique est fatale, surtout si le fonctionnement du système dépend en fin de compte de l'application stricte d'un code binaire légal/illégal lui-même ancré dans des sources clairement et préalablement identifiées. Le rôle des catégories juridiques exigerait un traitement quasi-mécanique de la réalité qui, elle, se présente sous l'aspect d'infinis phénomènes devant être simplifiés pour éviter la paralysie sociale. Le traitement juridique de la réalité permettrait aux États de moduler leurs comportements respectifs pour mieux vivre ensemble dans un monde éminemment complexe²⁶. Grâce à la simplicité du code binaire du système juridique, la complexité attachée à la réalité internationale se trouverait réduite. Le code permettrait de qualifier avec assurance le comportement des acteurs de légal ou d'illégal, garantissant ainsi la stabilité de l'ordre international. En somme, le traitement juridique de la réalité redonnerait aux acteurs internationaux une certaine maîtrise sur leurs vis-à-vis dont la liberté respective génère à elle seule la complexité sociale²⁷.

La confusion conceptuelle provoquée par la *soft law* est d'autant plus pernicieuse aux dires de la doctrine qu'elle se produit dans une société décentralisée. D'ores et déjà, l'absence structurelle d'une autorité centrale internationale octroyant de manière exclusive les normes juridiques aux sujets de droit et qualifiant les comportements suivant le code binaire légal/illégal signifie une plus grande indétermination pour le système juridique. La *soft law* augmenterait de manière inacceptable le flou autour des obligations juridiques internationales. L'efficacité du code binaire serait amoindrie et le droit international impuissant à canaliser le comportement des acteurs et réduire la complexité sociale internationale. Dans cette hypothèse, le rôle du droit international serait marginalisé pour finir par perdre toute utilité en tant qu'outil de gouvernance mondiale.

Cet argument de la doctrine est sérieux car, par le passé, la théorie formaliste des sources a constitué un palliatif puissant à la décentralisation de la société internationale dans la production du droit. Faute d'un certain formalisme exprimant clairement la conviction des sujets de droit d'une société décentralisée à être liés par la norme juridique, que cette dernière soit véhiculée au moyen d'un traité, de la coutume ou des principes généraux de droit, le système juridique ne parvient pas à attester l'existence de la norme juridique par opposition à la morale ou la politique²⁸.

²⁵ Francesco Francioni, « International "Soft Law": a Contemporary Assessment » dans Vaughan Lowe et Malgosia Fitzmaurice, dir., *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 aux pp. 167-178.

²⁶ Pour la fonction du système juridique international : Klabbers, *supra* note 10 à la p. 387. Pour la fonction de tout système juridique : Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.

²⁷ Jan Klabbbers, « The Redundancy of Soft Law » (1996) 65 *Nordic J. Int'l L.* 167 aux pp.179-181. Voir également le manuscrit inédit de Niklas Luhmann, *La confiance : un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, trad. par Stéphane Bouchard et Lukas K. Sosoe, Paris, Economica, 2006.

²⁸ Alain Pellet, « Contre la tyrannie de la ligne droite. Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement » dans Dimitri S. Constantopoulos, dir., *Sources of*

La théorie formaliste des sources a contribué de manière essentielle à la différenciation du système juridique international.

Le formalisme des sources du droit international trouve son origine plus spécifiquement au tournant du XVIII^e siècle, dans la période correspondant au déclin du droit naturel, alors que le souverain lui-même se contraint encore unilatéralement par un ensemble de normes morales. Dans une société décentralisée composée d'États souverains, Vattel ne soulignait-il pas à cette époque la nécessité d'abandonner l'application unilatérale du droit naturel et la conscience individuelle des monarques pour une application bilatérale du droit des gens fondée sur la généralisation et la réciprocité des règles du droit volontaire²⁹? À partir de ce moment, les juristes d'inspiration positiviste vont s'engager de plus en plus dans la voie de l'abstraction en formulant et en usant de catégories formelles pour déterminer les sources du droit dans la société internationale³⁰.

La théorie positiviste ne s'arrêta pas là dans l'identification des sources formelles du droit international.

[T]out au long du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle, on assiste à un rétrécissement constant du champ de vision. Le droit, progressivement, se réduit à ce qui est susceptible d'être sanctionné par le juge et l'article 38 de la CIJ devient les tables de la loi de la nouvelle religion.³¹

Pour les tenants de l'école positiviste, cette disposition joue un rôle capital dans la gouvernance mondiale en remplaçant l'autorité centrale qui donne la loi à ses sujets. Les seules règles de droit contraignantes pour les États seront celles émanant des procédés préétablis à l'article 38 et sanctionnées par le juge international.

La « sacralisation »³² de l'article 38 par la doctrine positiviste trouve une justification dans le souci légitime d'atténuer l'incertitude propre à une société

International Law, Thessalonique, Thesaurus Acroasium/Institute of International Public Law and International Relations of Thessaloniki, 1992 aux pp. 287-355.

²⁹ Emmer de Vattel, *Le droit des gens, ou, Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite des affaires des nations et des souverains*, Washington, Carnegie Institute of Washington, 1916. Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998; Alfred Verdross, « Le fondement du droit international » (1927) 16 *Rec. des Cours* 251.

³⁰ Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004 aux pp. 32 et ss. L'école du positivisme volontariste deviendra au 19^e siècle la théorie dominante et repose, pour l'essentiel, sur l'idée que les normes juridiques internationales sont le fruit d'un acte de volonté des États et de procédés de création du droit extériorisés et préétablis à cette fin. « Le positivisme volontariste se réduit ainsi à une théorie des sources formelles; puisant directement son inspiration dans le légalisme de l'Europe continentale, il se polarise sur le mode d'édition – et non de formation de la norme » : Alain Pellet, *supra* note 28 à la p. 294.

³¹ *Ibid.* à la p. 296.

³² L'article 38 a aussi été décrit comme contenant les sources canonisées du droit international par Hillgenberg, *supra* note 11 à la p. 499; comme le *numerus clausus* des sources du droit international ou la loi constitutionnelle non écrite de la société internationale par Ulrich Fastenrath, « Relative

internationale dépourvue d'une autorité exclusive et hiérarchique dans la production du droit. Néanmoins, il faut admettre aujourd'hui que l'idée de le traiter à l'instar d'une disposition constitutionnelle implicite de la société internationale s'est métamorphosée en dogme. À l'origine, rappelons que l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* a été emprunté intégralement au *Statut de la Cour permanente de Justice internationale* de 1920. Il ne faisait qu'énumérer pour la nouvelle cour internationale en 1920, tout comme en 1945, les sources auxquelles la juridiction internationale pouvait puiser pour le règlement des différends. La rédaction de l'article 38 est le reflet de son temps et des sources généralement acceptées par la communauté internationale au tout début du XX^e siècle. D'une simple disposition attributive de pouvoirs pour la cour internationale en 1920 puis en 1945, cet article s'est peu à peu transformé dans la théorie formaliste en une disposition constitutionnelle immuable, comprenant exhaustivement et pour l'avenir toutes les sources du droit international³³.

Si la théorie formaliste a pallié à la décentralisation de la communauté internationale pour un temps, la prolifération contemporaine d'instruments souples de normativité nous fait prendre conscience de l'étroitesse de cette vision des sources en droit international à laquelle s'accroche aujourd'hui encore une partie de la doctrine. Cette affirmation ne signifie pas que le recours à des instruments de *soft law* est appelé à se substituer entièrement aux sources traditionnelles du droit international. Ce recours est cependant le reflet d'une réalité : les États ne sont plus les seuls créateurs des règles internationales et, dans certaines circonstances, suivant l'adage « qui peut le plus peut le moins », ils décident eux-mêmes d'entrer dans des instruments normatifs non contraignants. La doctrine doit donc analyser ce phénomène au lieu de se braquer sur de vaines querelles quant à son opportunité.

Au préalable, il convient de s'interroger sur la matérialisation au plan international d'un modèle calqué sur le droit national et l'application stricte des règles juridiques au moyen d'un code binaire légal/illégal. Un système juridique qui tranche nettement entre ce qui est du droit et ce qui ne l'est pas a-t-il même jamais été possible au sein de la société internationale décentralisée? Et puis, qu'en est-il de la réussite de ce modèle au plan national, dans le contexte qui l'a vu naître? N'est-il pas justement remis en question avec l'apparition des formes de régulation négociées, contractualisées ou privatisées par les acteurs directement concernés? Enfin, quand bien même une autorité centrale donnerait le droit à ses sujets, cette opération ne camoufle-t-elle pas au plan national ce qui est toujours demeuré transparent au sein de la société internationale décentralisée, à savoir la transformation du fait en droit³⁴? La

Normativity in International Law » (1993) 4 E.J.I.L. 305 à la p. 322; ou encore comme le catalogue orthodoxe des sources en droit international par Karl Zemanek, « Is the Term "Soft Law" Convenient? » dans Gerhard Hafner *et al.*, *Liber Amicorum Professor Seidl Hohenfelden in honour of his 80th birthday*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, 843 à la p. 843.

³³ Eibe Riedel, *supra* note 7 aux pp. 60 et ss.

³⁴ Jacques Derrida, « Force de loi : le "fondement mystique de l'autorité" » (1990) 11 *Cardozo L. Rev.* 919.

centralisation du pouvoir au sein d'une société ne gomme-t-elle pas tout simplement l'inévitable dégradé normatif des règles de droit³⁵?

Les querelles doctrinales à propos de la *soft law* sont d'autant plus vives qu'en ébranlant la théorie formaliste des sources du droit international elle est considérée comme s'attaquant aux fondements de l'ordre international construit au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale sur le principe juridique de l'égalité souveraine des États. Ce principe a été affirmé avec force dans le cadre des Nations unies³⁶ au terme d'une longue lutte menée par les petites et moyennes puissances en vue d'assurer leur participation internationale dans la gestion du monde contre l'exercice unilatéral et pluriséculaire du pouvoir par un empire ou par un État hégémonique. Ayant été chèrement acquis, le principe de l'égalité juridique devrait pour cette raison être préservé et la *soft law* combattue.

L'adoption de la *Charte des Nations unies* résulte en 1945 du compromis³⁷. D'une part, les petites et les moyennes nations reconnaissent la responsabilité spéciale des grandes puissances dans la gestion du monde par l'attribution institutionnelle de cinq sièges permanents au Conseil de sécurité aux puissances victorieuses. D'autre part, l'égalité de participation de tous les États membres de l'Organisation est assurée à l'Assemblée générale, protégeant ainsi l'existence des petites et moyennes puissances contre l'engloutissement par les grandes. L'égalité souveraine garantit de manière générale une architecture internationale pluraliste, une société composée d'États souverains et indépendants, chacun protégé dans sa différence par les règles de non-intervention et d'intégrité territoriale³⁸.

L'idée de l'ordre international au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale s'oppose radicalement à l'expérience coloniale européenne héritée de la deuxième moitié du XIX^e siècle³⁹. Le principe de l'égalité juridique vient limiter

³⁵ « Entre le droit et le fait, il n'y a pas de seuil. Sans doute arrive-t-il toujours un moment où l'analyste peut clairement dire : ceci est du droit et cela n'en est pas, mais, entre ces deux extrêmes, on chercherait en vain une rupture nette. C'est, bien plutôt, d'un "dégradé normatif" qu'il faut parler. Entre la lumière du droit et l'obscurité du non-droit, s'étend une zone de pénombre dont la théorie vénérable rend mal compte : elle étudie la forme que revêt la norme, non la formation » : Alain Pellet, *supra* note 10 à la p. 488.

³⁶ L'égalité souveraine est un des principes fondateurs des Nations unies et est consacrée aux articles 2(1) et 55 de la *Charte des Nations unies*, *supra* note 8.

³⁷ Gerry Simpson, « The Great Powers, Sovereign Equality and the Making of the United Nations Charter » (2001) 21 *Australian Year Book of International Law* 133.

³⁸ Article 2(4) et (7) de la *Charte des Nations unies*, *supra* note 8. Sur l'interprétation de la règle de non-intervention conventionnelle et coutumière par la Cour internationale de justice, se référer à la célèbre *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond) (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14 aux para. 172 et ss. Sur l'architecture générale des relations internationales fondée sur le principe de l'égalité juridique des États souverains, lire entre autres James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979; Louis Henkin, *How Nations Behave; Law and Foreign Policy*, New York, Praeger, 1968; Alan James, *Sovereign Statehood : the Basis of International Society*, Londres, Allan & Unwin, 1986; Robert Jackson, *The Global Covenant. Human Conduct in a World of States*, Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 156-185; James Mayall, dir., *The Community of States : A Study in International Political Theory*, Londres, Allan & Unwin, 1982.

³⁹ Anghie, *supra* note 30 à la p. 32 et ss.; Eric J. Hobsbawm, *L'ère des empires, 1875-1914*, Paris, Fayard, 1989; Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International*

l'exercice unilatéral du pouvoir de l'État hégémonique en lui interdisant dorénavant une domination directe à l'intérieur des frontières des petites et des moyennes nations. En garantissant la participation de tous les États dans le processus de création des règles internationales, il rend impossible l'inscription des seuls intérêts hégémoniques dans le droit international des traités⁴⁰. Bref, dans la société internationale de la deuxième moitié du XX^e siècle, la légitimité s'obtient par la voie d'un droit négocié, non plus par l'imposition d'une politique extérieure d'un État, aussi puissant que soit celui-ci.

Évidemment, l'État hégémonique peut réussir à arracher des concessions importantes à ses vis-à-vis et les inscrire dans le traité. Les concessions deviendront alors des normes juridiques, « techniques de prédétermination de l'avenir »⁴¹, et assureront un caractère durable au rapport de forces du moment⁴². Certains privilèges peuvent même être explicitement réservés à l'État hégémonique dans le traité, comme l'illustre l'exemple du veto des membres permanents au Conseil de sécurité à l'intérieur de la *Charte des Nations unies*. Néanmoins, comme toutes dispositions conventionnelles, ces privilèges ne peuvent pas être dictés unilatéralement. Ils doivent avoir fait l'objet d'une négociation minimale au préalable entre tous les États parties. C'est à cette occasion que le principe de l'égalité juridique encadre les relations internationales⁴³ et garantit la participation de tous les États, indépendamment de leur puissance matérielle, à la création et à une application cohérente des règles internationales⁴⁴.

Les effets pervers de la *soft law* consisteraient donc à affaiblir un système juridique construit au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale qui, sans être

Law 1870-1960, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Antonio Truyol Y Serra, « L'expansion de la société internationale aux XIX^e et XX^e siècles », (1965) 116 :3 Rec. des Cours 89.

⁴⁰ Au plan des règles coutumières, cet aspect égalitaire se déploie avec moins de force. Le processus de création est plus souple, le contenu des règles coutumières vague et autorisant pour cette raison une plus grande liberté dans l'application des règles (et, de ce fait, un rôle plus important aux États hégémoniques qui sont plus libres que les petites et moyennes nations si l'on définit le pouvoir comme la capacité d'agir et d'influer sur les événements et l'environnement).

⁴¹ Pellet, *supra* note 28 à la p. 301.

⁴² En étant inscrit dans un traité, le rapport de forces du moment avantageant l'État hégémonique est prolongé dans le temps. Cependant, la légalisation des concessions ne joue pas seulement en faveur des États hégémoniques. On constate aussi chez les petites puissances une prédilection pour la *hard law*. Le droit, par sa rigueur et sa prévisibilité, servirait aussi le faible. Les sources traditionnelles du droit, et plus particulièrement le traité, sont considérées comme susceptibles de canaliser le comportement des États puissants. Elles fournissent ainsi aux petites et moyennes nations une certitude plus grande pour l'avenir et stabilisent leurs attentes. C'est ce que signifie la qualification des normes en tant que « techniques de prédétermination de l'avenir ». Au sein de l'OIT, une prédilection pour le droit ou la *hard law* se constate également du côté du groupe des travailleurs en opposition au groupe des employeurs ou de certains gouvernements. De tout temps, le groupe des travailleurs a eu une propension à l'adoption de conventions internationales du travail au lieu de simples recommandations. Cette inclination envers les moyens juridiques a aussi été remarquée dans le cadre des débats sur l'adoption de la *Déclaration de l'OIT de 1998* (*supra* note 6); Abbott et Snidal, *supra* note 11 aux pp. 447-448 et 451.

⁴³ Nico Krisch, « International Law in Times of Hegemony : Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order » (2005) 16 E.J.I.L. 369.

⁴⁴ Sur les critères de légitimité des normes juridiques internationales, lire Thomas Franck, *The Power of Legitimacy among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990.

parfait, n'est pas exercé au seul bénéfice des grandes puissances mais préserve une certaine pluralité et diversité des peuples et des nations. Comme si la seule prolifération des instruments de *soft law* ne suffisait pas, la dégringolade vers la mollesse déborderait le stade de la création des normes internationales. Elle serait accélérée avec l'émergence de suivi ou de méthode d'application souple pour normes souples⁴⁵. À l'instar des procédures instituées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour la supervision de ses *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* de 1976⁴⁶ ou de celles instituées par l'OIT pour l'interprétation de la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* de 1977⁴⁷, certains de ces mécanismes d'application sont extrêmement élaborés⁴⁸. Lorsqu'ils sont utilisés, il devient même parfois difficile de distinguer les mécanismes de suivi des normes *soft* des mécanismes de contrôle des normes juridiques conventionnelles proprement dites⁴⁹.

Devant tant de mollesse dans la création des normes internationales comme dans leur application, l'inquiétude de certains juristes retracée dans la doctrine se comprend. S'interrogeant sur le devenir des normes juridiques *hard* et leur interprétation par les mécanismes internationaux judiciaires et quasi-judiciaires, la *soft law* ne vient-elle pas éroder le vrai droit? Ne le remplace-t-elle pas par du faux ou, du moins, par un sous-produit? Dans certaines circonstances, la *soft law* peut annoncer le droit de demain et tracer pour les États le chemin vers l'adoption d'obligations juridiques contraignantes conventionnelles et coutumières. Elle se rapproche ici d'un droit en gestation, contestataire de l'ordre juridique international positif et qui veut se substituer à lui, comme l'exemple des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies a pu le prouver par le passé⁵⁰. Mais, la *soft law* n'a pas toujours la prétention de réviser le droit positif ou de se substituer à lui. Elle peut aussi être considérée comme une forme alternative et avantageuse de régulation internationale et n'entend pas se développer en instrument de *hard law*⁵¹.

⁴⁵ Dans cette hypothèse, certains auteurs parlent de *soft sanctions* : Hillgenberg, *supra* note 11 à la p. 511.

⁴⁶ Ces principes ont fait l'objet d'une révision importante en l'an 2000. Pour une lecture des principes et une description des procédures souples mais sophistiquées de supervision des principes en question, voir OCDE, Texte des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, en ligne : OCDE <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,fr_2649_34889_4880402_1_1_1_1,00.html>.

⁴⁷ Cette déclaration a été adoptée par le conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204^e session (Genève, novembre 1977) et a été modifiée par le conseil à sa 279^e session (Genève, 2000); disponible en ligne: OIT <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/french.pdf>>.

⁴⁸ Bothe, *supra* note 13 aux pp. 86-87.

⁴⁹ Olivier, *supra* note 9 à la p. 297.

⁵⁰ Abi Saab, *supra* note 22 à la p. 66. Pour un exemple d'une résolution de l'Assemblée générale contestant l'ordre juridique international de l'époque, se référer à la *Charte des droits et devoirs économiques des États*, Rés. AG 3281/29, Doc. off. AG NU, 29^e sess. (1974), et à son interprétation par l'arbitre Dupuy dans l'*Affaire Texaco-Calasiatic*, (1977) 104 J.D.I. 350.

⁵¹ Abbott et Snidal, *supra* note 11 à la p. 423.

III. Le malaise doctrinal en droit international du travail

La *soft law* ne peut-elle pas alors finir par détrôner la *hard law* à l'intérieur d'une société décentralisée? Ne peut-elle pas, dans certaines situations, constituer une stratégie d'évitement du droit et des obligations juridiques contraignantes existantes? C'est du moins ce que le Professeur Philip Alston a reproché récemment à la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail* et à son suivi⁵². Avec l'adoption de cette déclaration en 1998, les États membres de l'OIT ont désormais l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation et en l'absence de ratification des conventions pertinentes⁵³, les principes concernant les droits fondamentaux suivant : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination du travail forcé, du travail des enfants ainsi que de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Rappelons aussi qu'au moment de son adoption, la *Déclaration* a été présentée solennellement comme la réponse de l'OIT à un ordre international plus complexe et à une mondialisation entendue essentiellement en terme économique. Concrètement, elle visait à arrimer la croissance économique au progrès social en établissant un minimum de règles universelles, applicables indépendamment des actes de volonté des États pris individuellement⁵⁴.

Les craintes d'Alston à l'égard de la *Déclaration* ne sont pas dénuées de tout fondement. Elles portent essentiellement sur les risques de dissolution des droits au travail, corpus normatif imposant développé progressivement depuis les années 1920 par l'ensemble des mécanismes de contrôle de l'OIT⁵⁵, à l'intérieur de principes au contenu indéfinissable et véhiculés par un nouvel instrument souple de régulation. Le

⁵² Philip Alston, « "Core Labour Standards" and the Transformation of the International Labour Rights Regime » (2004) 15 E.J.I.L. 457; Philip Alston et James Heenan, « Shrinking the International Labor Code: An Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work? » (2004) 36 N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 221.

⁵³ Les huit conventions fondamentales pertinentes peuvent être regroupées en quatre catégories distinctes : la première catégorie regroupe la *Convention (n° 29) sur le travail forcé*, 28 juin 1930, 39 R.T.N.U. 55 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1932), et la *Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé*, 25 juin 1957, en ligne : OIT <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C105>> (entrée en vigueur : 17 janvier 1959); la deuxième regroupe la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, 68 R.T.N.U. 17 (entrée en vigueur : 4 juillet 1950), et la *Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, 96 R.T.N.U. 257 (entrée en vigueur : 18 juillet 1951); la troisième, la *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, 29 juin 1951, en ligne : OIT <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C100>> (entrée en vigueur : 23 mai 1953), et la *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 25 juin 1958, 362 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 15 juin 1960); alors que la quatrième et dernière catégorie recoupe la *Convention (n° 138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi*, 26 juin 1973, 1015 R.T.N.U. 297 (entrée en vigueur : 19 juin 1976), et la *Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, 17 juin 1999, 2133 R.T.N.U. 161 (entrée en vigueur : 19 novembre 2000).

⁵⁴ Sur l'opportunité et l'efficacité de cet instrument *soft* adopté par l'OIT, voir Isabelle Duplessis, « La *Déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail*. Une nouvelle forme de régulation efficace? » (2004) 59 :1 R.I. 52.

⁵⁵ Pour un court exposé sur le rôle du tripartisme dans l'élaboration normative et dans les mécanismes de contrôle de l'OIT, voir Anne-Marie La Rosa et Isabelle Duplessis, « L'expérience singulière du tripartisme au sein de l'OIT », dans Rostane Mehdi, dir., *La démocratisation du système des Nations unies*, Paris, Pedone, 2001 aux pp. 123-139.

titre de la *Déclaration* mentionne d'ailleurs les principes aux côtés des droits fondamentaux au travail et cette référence n'écarte pas la possibilité d'une érosion d'un éventail de droits au bénéfice d'un noyau de standards. Le recours systématique à la *Déclaration* et aux principes au lieu et à la place des droits consacrés par les conventions provoquerait une confusion quant aux sources du droit international du travail. Il élèverait le niveau d'indétermination autour des normes internationales du travail, affaiblirait tout le système juridique et, du coup, la protection générale offerte aux travailleurs.

Anticipant une dégringolade vers la mollesse, Alston défend une interprétation et une application des principes et des droits fondamentaux contenus dans la *Déclaration* conformément à la jurisprudence développée depuis les années 1920 par les divers mécanismes de contrôle de l'OIT à partir des conventions fondamentales y afférentes. Encore faudrait-il, pour qu'un tel scénario se produise, que la *Déclaration* incorpore par renvoi les droits et les obligations définis dans les conventions fondamentales de l'OIT et le corpus jurisprudentiel dégagé par ses mécanismes de contrôle. Or, les débats qui ont mené à l'adoption de la *Déclaration* et son suivi prouvent exactement l'inverse. Ils traduisent plutôt une méfiance au sein de l'OIT envers le droit et les mécanismes de contrôle, en particulier pour arrimer le développement économique au progrès social⁵⁶. Si la *Déclaration* a pu être adoptée par la Conférence internationale du Travail en 1998⁵⁷ c'est bien parce qu'elle était un instrument de *soft law* et non de *hard law*. Bref, les mandants de l'OIT n'ont jamais eu l'intention d'inclure par renvoi dans la *Déclaration* ou autrement les droits définis de manière plus précise dans les conventions internationales du travail, encore moins la jurisprudence des organes de contrôle. Ils voulaient au contraire éviter cette possibilité.

La *Déclaration* obéirait à une autre logique que la juridique. Elle ne chercherait pas à se substituer au droit conventionnel et représenterait, à l'heure de la libéralisation des échanges économiques, un outil complémentaire de régulation internationale de la sphère socio-économique. La *Déclaration* favoriserait plus particulièrement la coopération technique et le dialogue entre l'Organisation et les États membres afin d'amener les derniers à respecter les principes et droits fondamentaux au travail. Elle serait un outil promotionnel, censée compléter les mécanismes traditionnels de contrôle des obligations juridiques des États membres. Pour certains, ces mécanismes à eux seuls ont échoué au fil des années à faire respecter les droits des travailleurs. Les travailleurs disposeraient maintenant, suivant

⁵⁶ Lire notamment les discussions en plénière : OIT, Conférence internationale du Travail, 86^e sess., *Rapport de la Commission de la Déclaration de principes* (1998). Cette méfiance se manifeste clairement depuis la fin de la Guerre froide au sein du groupe des employeurs. Elle est dirigée contre le rythme de la production normative de l'Organisation et certains mécanismes de contrôle et se constate surtout depuis la fin de la Guerre froide : Francis Maupain, « La "valeur ajoutée" de la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail* pour la cohérence et l'efficacité de l'action normative de l'OIT » dans Isabelle Daugareilh, dir., *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 1 à la p. 35.

⁵⁷ Au départ, la *Déclaration* est une initiative du groupe des employeurs en 1997. Elle a été adoptée par la Conférence internationale du Travail en 1998 par 273 votes en faveur, aucun vote contre et 43 abstentions.

cette perspective, de deux outils de régulation plutôt qu'un dans la poursuite d'un travail décent⁵⁸.

Les risques de dissolution des droits qu'emporte la *Déclaration* pour le professeur Alston ont alimenté la polémique. Deux répliques en particulier ont été publiées et chacune défend les mérites de la *Déclaration*⁵⁹. Pour l'essentiel, elles peuvent être considérées comme reflétant la position de l'OIT sur la question⁶⁰. Brian Langille s'emploie à démontrer les limites des mécanismes de contrôle de l'OIT et la nécessité pragmatique de penser autrement le droit international du travail, ce que procure la *Déclaration*. Francis Maupain abonde dans le même sens. Soulignant le caractère complémentaire de la *Déclaration*, il rappelle l'inadéquation des mécanismes de contrôle juridique face à certains problèmes contemporains préoccupants comme ceux liés à l'économie informelle⁶¹. Il insiste sur le caractère dynamique de la *Déclaration* pour l'OIT en examinant ses résultats tangibles sur le terrain et attire plus particulièrement l'attention sur la hausse sensible des ratifications des conventions fondamentales depuis son adoption en 1998. Pour Maupain, contrairement au scénario envisagé par Alston, la *Déclaration* n'est pas appelée à se substituer aux conventions internationales et à leur interprétation par les mécanismes de contrôle juridique de l'OIT. Avec l'augmentation des conventions fondamentales ratifiées, le système juridique sortirait revigoré et non diminué de l'expérience et de l'adoption de la *Déclaration*.

Il convient donc de s'interroger : la défense monolithique du système juridique traditionnel de l'OIT ou de la *hard law* ne doit-elle pas être abandonnée si, en définitive, ce système s'avère incapable d'influer sur la pratique des États? Quelle est l'utilité d'un tel système juridique et de la théorie formaliste des sources du droit international si, dans les faits, ils s'avèrent inefficaces et apparaissent de plus en plus déconnectés de la réalité internationale en reléguant dans l'ombre diverses formes de

⁵⁸ OIT, Bureau international du travail, 87^e sess., *Un travail décent*, rapport du Directeur général Juan Somavia à la Conférence internationale du Travail (1999). La stratégie du « travail décent » est développée par l'OIT en réponse à la mondialisation économique et articule de manière complémentaire la promotion des normes internationales du travail et des principes et droits fondamentaux, le développement des possibilités d'emplois pour tous, la protection sociale et le dialogue social.

⁵⁹ Les répliques sont de Brian A. Langille, « Core Labour Rights – The True Story (Reply to Alston) » (2005) 16 E.J.I.L. 409 et de Francis Maupain, « Revitalization Not Retreat: The Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights » (2005) 16 E.J.I.L. 439. Philip Alston a répondu à ces deux répliques dans la même revue: Philip Alston, « Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda » (2005) 16 E.J.I.L. 467.

⁶⁰ En particulier la réplique de Francis Maupain qui est un haut fonctionnaire de l'OIT et était le conseiller juridique de l'Organisation lors des négociations ayant mené à l'adoption de la *Déclaration*.

⁶¹ « L'expression "économie informelle" fait référence à toutes les activités économiques de travailleurs et d'unités économiques qui ne sont pas couverts – en vertu de la législation ou la pratique – par des dispositions formelles. Ces activités n'entrent pas dans le champ d'application de la loi, ce qui signifie que ces travailleurs et unités opèrent en marge de la loi; ou bien qu'ils ne sont pas couverts dans la pratique, ce qui signifie que la loi ne leur est pas appliquée alors même qu'ils opèrent dans le cadre de la loi; ou bien encore la loi n'est pas respectée parce qu'elle est inadaptée, contraignante ou qu'elle impose des charges excessives » : OIT, Conférence internationale du Travail, 90^e sess., *Compte rendu provisoire*, Rapport de la Commission de l'économie informelle, Doc. off. CIT90-CRP25-573-Fr.Doc (2002) à la p. 25/53.

normativité? Ne faut-il pas alors se réjouir de l'adoption d'un instrument souple comme la *Déclaration* de l'OIT dans la mesure où elle possède en germe un degré d'effectivité dans le respect des droits des travailleurs jamais atteint auparavant au moyen des seuls outils traditionnels du droit international du travail⁶²?

Cette polémique autour des effets de la *Déclaration* en droit international du travail reconstitue à une autre échelle le problème fondamental du droit international général depuis l'avènement du positivisme, à savoir son déchirement entre le formalisme et l'effectivité, entre la norme et le fait, entre la théorie et la pratique, ou entre l'utopie et l'apologie pour reprendre l'expression consacrée par Martti Koskenniemi⁶³. Dans sa dimension normative irréductible, le droit international ne peut se résumer à une description sociologique des faits et ne doit pas se contenter d'enregistrer la pratique des États sans chercher à guider leurs comportements par l'imposition d'un devoir-être. Autrement dit, il ne saurait se limiter à une apologie de ce que font déjà les États. À l'inverse, si le droit international formule un devoir-être trop éloigné des faits, allant radicalement à l'encontre de la pratique et des intérêts immédiats des États, les normes juridiques risquent de ne pas être appliquées dans une société décentralisée et de perdre tout caractère effectif. Dans ce dernier scénario, le droit international se confine à une vaine utopie, un programme de ce que devraient faire les États sans aucune prise sur la réalité.

Dans l'exemple de la *Déclaration* de l'OIT, le débat oppose le professeur Philip Alston, qui incarne la théorie, au haut fonctionnaire international Francis Maupain, qui incarne la pratique. Leur discussion est symptomatique et dévoile, de part et d'autre, leurs perceptions quant au rôle de la théorie et de la pratique dans la construction de la réalité et des relations internationales. Nous reproduisons au long deux extraits de cette discussion en commençant par le questionnement de Maupain sur l'apport de l'académicien pour le travail des mandants de l'OIT, ces derniers étant appelés concrètement à édifier jour après jour le droit international du travail :

The above analysis naturally leads to some reflections on the possible role of academics in upgrading the internal debates within international organizations. As already pointed out in the introduction, their interest and criticisms are intrinsically healthy and should be welcome. Their role can be irreplaceable in developing a "paradigm" that will help the organization to shape and strengthen its future, as illustrated by Georges Scelle before the Second World War. [...] This role can also be essential in challenging the organization to remain faithful to its objectives and values. But they must guard against two pitfalls in this respect. The first is to substitute his/her own interpretation of these values to that of the constituents; or to blame the constituents for not scrupulously abiding by his/her vision of what these values and the defence of their interests is deemed to command. In the case of an organization like the ILO where the

⁶² « The single question both for standards and the Declaration, "hard" and closed or "soft" and open as they may be, is whether, and to what extent, they make a verifiable contribution to the advancement of the Organization's objectives in the real world. » : Maupain, *supra* note 59 à la p. 442.

⁶³ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989. Voir aussi David Kennedy, *International Legal Structures*, Baden-Baden, Nomos, 1987.

*beneficiaries are directly represented, and are normally in the best position to understand and defend these values, it may indeed come as a surprise for them to find out from our distinguished professors that they had it all wrong! The second is to use fidelity to values, objectives and traditions as a mere excuse for maintaining the status quo.*⁶⁴

Ce a quoi Alston répond :

*Maupain concludes by cautioning any outsider who would criticize the policy approaches of his employer that the ILO is best placed to “understand and defend” the values of the Organization. The implication is that once a government or an international organization has spoken, there is no further role for scholarly scrutiny or accountability since the representatives of the majority have made the best decision. In fact, however, it is precisely the role of the scholar to evaluate the policies put forward by the officials of the ILO against the normative framework agreed to by the member states and to call them to account when their choices are clearly found wanting.*⁶⁵

Cette discussion illustre la tension générée par l'adoption d'un instrument souple comme la *Déclaration* pour la théorie et la pratique du droit international du travail. La scission entre la théorie et la pratique possède une longue histoire derrière elle et cette discussion n'est qu'une version de l'ancien problème du droit international pris, comme toujours, entre la norme et le fait à l'intérieur d'une société décentralisée. Au regard des praticiens, la doctrine est souvent apparue par le passé en marge des faits, décrochée pour partie de la réalité. Cette déconnexion a été critiquée et son rôle questionné⁶⁶.

La doctrine a perdu beaucoup de son ascendant dans la construction du droit international au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles, creusant la distance entre la théorie et la pratique. L'avènement de la méthodologie positiviste exigea l'étude empirique des relations internationales et moins l'interprétation « scolastique » des autorités par des savants juristes. La pratique des États devient l'objet central d'analyse et se décline en règles conventionnelles et coutumières. Du coup, la doctrine est reléguée à un statut secondaire⁶⁷ par rapport au travail des praticiens, diplomates et hommes d'État, qui, eux, sont appelés à faire le droit international jour

⁶⁴ *Ibid.* aux pp. 463-464.

⁶⁵ Alston, *supra* note 59 aux pp. 478-479.

⁶⁶ Mais, que faut-il retenir au juste des reproches des praticiens à l'encontre des théoriciens? Dans quelle mesure la doctrine ne doit-elle pas se distancier de la réalité afin de présenter une théorie du droit et non du fait? N'est-il pas nécessaire qu'elle le fasse pour introduire un devoir-être international? Quelle est la dose de réalité que la théorie doit contenir, sans néanmoins se confondre à elle, pour être rigoureuse au plan scientifique tout en étant appliquée de manière générale dans la pratique d'une société décentralisée?

⁶⁷ L'article 38(1)d) du *Statut de la Cour internationale de justice*, *supra* note 8, rédigé une première fois au début des années 1920, qualifie d'ailleurs la doctrine comme la jurisprudence de sources auxiliaires dans la détermination d'une règle de droit.

après jour. Or, il n'est pas inutile de rappeler que la doctrine a joué un rôle dans la construction du système interétatique moderne⁶⁸. Rôle analogue d'ailleurs à celui que va exercer plus tard la théorie formaliste positiviste aux XIX^e et XX^e siècles. Dans une société internationale composée d'États souverains qui ne reconnaissaient plus l'autorité universelle de l'Église et de la papauté, la doctrine a en effet été un palliatif à la décentralisation de la sphère internationale dans le processus de création du droit. Elle indiquait aux princes comment agir en leur présentant l'ensemble des règles juridiques de manière méthodique et contribuait ainsi à la différenciation du droit international.

Aujourd'hui, dans notre exemple de la *Déclaration* de l'OIT, la doctrine est une fois de plus critiquée par un haut fonctionnaire international pour ne pas coller à la réalité. En comparaison aux praticiens, aux mandants de l'Organisation, elle est marginalisée dans la construction du droit international du travail. Or, il faut bien admettre avec les praticiens qu'au moment où un courant doctrinal déplore l'avènement et la prolifération de la *soft law* au détriment des règles de droit conventionnelles, le phénomène n'en continue pas moins de prendre de l'ampleur dans la pratique internationale. Creusant toujours plus le fossé entre la théorie et la pratique, les acteurs étatiques⁶⁹ et non étatiques d'aujourd'hui ne semblent pas être embarrassés comme certains juristes le sont par la confusion conceptuelle provoquée par la *soft law* dans le système juridique international. Au contraire, ils utilisent régulièrement ce mode de régulation dans leurs relations internationales.

IV. Fondements du malaise doctrinal

Cette disjonction entre la pratique contemporaine des acteurs internationaux et les réactions doctrinales passionnées soulevées par la *soft law* laisse perplexe. Au lieu d'une crise du droit international, ne révèle-t-elle pas une crise circonscrite à la doctrine? Tout indique qu'une composante psychologique importante intervient dans le caractère passionné des débats doctrinaux. En poussant les limites du système juridique international dans ses derniers retranchements, la *soft law* obligerait les juristes internationalistes à s'interroger une fois de plus sur leur objet d'étude et sur leur propre rôle dans la construction de la discipline du droit international⁷⁰. Cet

⁶⁸ Pensons seulement à titre d'exemple à l'œuvre impressionnante de systématisation des règles du droit des gens élaborée par Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par Paul Pradier-Fodéré, Paris, Presses universitaires de France, 1999. Sur l'œuvre de systématisation des règles du droit international à compter de l'ère moderne, consulter Dominique Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005 et Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, trad. par Michael Byers, Berlin, Walter de Gruyter, 2000.

⁶⁹ « Quant aux hommes d'État et aux diplomates ils ne se préoccupent que très marginalement de la question de savoir si la règle qu'ils invoquent est dure ou molle, verte ou mure, en voie de formation ou cristallisée. » : Pellet, *supra* note 28 à la p. 309.

⁷⁰ Les propos de Langille en réponse à Alston sont éloquentes sur ce point : « *I am sorry to report that this is one of those theses which may help give lawyers a bad name. It is a thesis addicted to law, or more accurately, one formal vision of it. Law is important – but cannot be all that there is, and it does not operate only in one way. Most critically, law and laws do not exist as ends in themselves but for the*

examen de conscience a souvent été fait dans la doctrine, trop souvent au goût de certains, ce qui expliquerait l'exaspération doctrinale face au phénomène de la *soft law*. À maintes reprises par le passé, les juristes internationalistes ont défendu un droit international considéré, en comparaison au droit national, fragile, malade, voire inexistant⁷¹.

Encore aujourd'hui, dans une sphère internationale surdéterminée par l'hyperpuissance américaine, ils doivent le préserver contre l'influence résiduelle de l'école réaliste des relations internationales. Cette école est née en Amérique au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale et exerce toujours une influence dans la formulation contemporaine de la politique extérieure américaine⁷². Elle porte un regard dur sur le droit international. Pour elle, à l'extrême, non seulement une partie

welfare of society. It is also a thesis which gives lawyers pause about their international lawyer brethren. It is a thesis addicted to international law or rather, again, a particular vision of it – a vision at once noble and highly formalistic. »: Langille, *supra* note 59 à la p. 417. Ce type de propos sur le droit international n'est pas nouveau, consulter Koskenniemi, *supra* note 39. Langille ajoute : « *it is simply unclear that the approach which Alston advocates, of detailed law and its "enforcement" through some form of reporting and review, has a much impact in the real world as he appears to think. As its worst, it is simply a system in which taxpayers pay lawyers in domestic departments of labour to compile reports about laws "on the books" which are sent to other (international) lawyers and then committees in Geneva, without ever achieving any traction with the real world during or after the process at all.* »: Langille, *ibid.* à la p. 426.

⁷¹ La *soft law* renoue avec un ancien malaise qui pèse sur les juristes internationalistes face à leur objet d'étude. Elle soulève avec acuité l'éternel questionnement ontologique sur le droit international : Friedrich Kratochwil, « Is International Law "Proper" Law? The Concept of Law in the Light of an Assessment of the "Legal" Nature of Prescriptions in the International Arena » (1983) 69 A.R.S.P. 13. Ces questionnements sur l'existence du droit international ne datent pas d'hier. Plusieurs théories ont nié d'une façon ou d'une autre son existence ou son utilité : Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, 6^e éd., L.G.D.J., 1999 aux pp. 83-92. Par ailleurs, les théories contractualistes de Rousseau ou de Hobbes n'abordent jamais directement la sphère internationale. Ils la considèrent plutôt comme plongée dans un état de nature et une zone hors du droit : Simone Goyard-Fabre, « Les silences de Hobbes et de Rousseau devant le droit international » (1987) 32 Archives de philosophie du droit 59. Pour certains juristes positivistes de la fin du XIX^e siècle, dans la foulée de la théorie d'Austin et en l'absence d'une autorité hiérarchique ou d'un commandement souverain au-dessus des États, le droit international n'était tout simplement pas du droit ou bien était une « moralité positive » pour les États : Anghie, *supra* note 30. Plus récemment, en comparaison au droit national des démocraties libérales, le droit international a été décrit comme un système juridique primitif en mal de règles secondaires : Hart, *supra* note 2. Sur la pauvreté des règles secondaires, voir aussi : Jean Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système? » (1986) 31 Archives de philosophie du droit 85.

⁷² La théorie réaliste des relations internationales tire son origine du scepticisme de bon nombre de juristes et de professeurs en science politique envers le droit international tel qu'il a été élaboré depuis le XVI^e siècle au travers des méthodes diplomatiques européennes. Pour cette école, la fin de la Deuxième Guerre mondiale a sonné le glas de ce système basé sur la balance des pouvoirs entre États européens depuis le XVI^e siècle qui, pour répondre à l'hétérogénéité croissante de la société internationale, en était venu à privilégier non pas un droit axé sur la substance et des obligations internationales précises mais un droit formaliste composé de grands principes que chaque État souverain devait interpréter. La Guerre froide a achevé de démanteler le système de droit public européen et marque le début de l'adversité entre les superpuissances américaine et soviétique. Après Hiroshima et Nagasaki en 1945, les États quittent l'ère de la balance des pouvoirs européens pour entrer dans celle de l'équilibre bipolaire de la terreur nucléaire. Aux yeux des réalistes, le droit international et les organisations internationales ne tiennent pas compte de cette nouvelle distribution du pouvoir et apparaissent stériles pour moduler la politique internationale.

mais l'ensemble du droit international est mou⁷³, y compris la *hard law* chère aux juristes positivistes.

Pour les réalistes, la *hard law* consacrée par la théorie formaliste positiviste ne contraint pas véritablement les États et ne diminue donc en rien la complexité internationale. Si d'aventure des considérations juridiques sont évoquées entre les États, elles le sont de manière instrumentale et n'interviennent qu'après coup dans la justification d'une décision de politique extérieure. Les conflits les plus importants, se rapportant à l'intérêt vital de la nation, échappent immanquablement à l'empire du droit⁷⁴. Pourtant et en dépit de ce que laisse entendre son nom, la critique réaliste du droit international est le produit de spéculations métaphysiques et moins de recherches empiriques sur le terrain. Invariablement, le point de départ de leurs réflexions est une représentation de la sphère internationale proche de l'état de nature dépeint par Hobbes⁷⁵. C'est une zone hors du droit à laquelle, dans un contexte d'annihilation nucléaire, il est même dangereux de faire référence. Les règles juridiques sont beaucoup trop formalistes et déconnectées, confrontées comme elles le sont au déchaînement des passions menaçant la survie de l'espèce humaine. Dans un tel contexte, seule une politique de puissance peut nous sauver et apporter une certaine stabilité internationale.

Hans Morgenthau incarne une des figures emblématiques de l'école réaliste de l'après-guerre. De juriste, il deviendra réaliste par profonde désillusion envers le système juridique⁷⁶. Déjà, dès la fin des années trente, la théorie juridique positiviste lui était apparue beaucoup trop détachée de la réalité pour y exercer une influence quelconque⁷⁷. Pour Morgenthau, la scène internationale est dominée par le pouvoir et non par le droit. Au sein d'une société internationale décentralisée, seul l'intérêt national ancré dans l'expérience de chaque nation peut constituer un guide efficace dans la détermination de la politique extérieure de l'État. Les hommes politiques doivent prendre des décisions mettant en cause le destin de leur nation et, dans cette tâche ardue, ils ne sauraient s'empêtrer dans des catégories juridiques formelles qui méconnaissent grossièrement la substance des relations de compétition et de pouvoir

⁷³ Abbott et Snidal, *supra* note 11 à la p. 422.

⁷⁴ L'école réaliste et néo-réaliste accorde à l'intérêt vital des États une primauté sur les considérations juridiques internationales. Cette perspective semble reprendre du service depuis le 11 septembre 2001 avec la primauté de la sécurité étatique et des mesures nationales à adopter pour se prémunir dans le futur de la perpétration d'actes terroristes sur son territoire.

⁷⁵ Thomas Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, notes et traduction de Gérard Mairet, Paris, Gallimard, 2000. Sur les conséquences malheureuses pour le droit international de la tradition philosophique relative à l'état de nature, lire Pierre-Marie Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international » (2002) 297 R.C.A.D.I. 9 aux pp. 77 et s.

⁷⁶ Les écrits d'après-guerre de Hans Morgenthau constituent une charge contre le droit international et ont influencé durablement la classe politique américaine. Consulter notamment *Scientific Man vs. Power Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1946 et *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, Knopf, 1948. Morgenthau reviendra toutefois à une approche conciliable du droit international et de la politique à la fin de sa vie : Francis Anthony Boyle, *World Politics and International Law*, Durham, Duke University Press, 1985 à la p. 16. Mais, pour la discipline du droit international et les juristes internationalistes, le mal provoqué par les écrits d'après-guerre de Morgenthau était déjà fait et les blessures profondes.

⁷⁷ Hans Morgenthau, « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 A.J.I.L. 260.

dans la pratique internationale⁷⁸. Pour Morgenthau, le droit international est non seulement incapable de guider la politique extérieure des États souverains, il est de surcroît dangereux dans un contexte où la catastrophe nucléaire ne figure pas d'une situation exceptionnelle, mais de la normalité.

En introduisant une plus grande indétermination dans les catégories formelles et les règles juridiques, le phénomène contemporain de la *soft law* s'attaque à un système juridique notoirement fragile, risible aux yeux des réalistes dans son impuissance face à la gravité des événements internationaux, ployant sous le coup de sa mollesse. Si la défense du droit international nécessitée par la critique réaliste constituait auparavant un fardeau pour plusieurs juristes internationalistes et remettait en cause l'utilité de leur propre rôle, la *soft law* ajoute aujourd'hui encore à l'ingratitude de leur tâche. Le caractère exaspéré de certaines réactions dans la doctrine trouve sûrement là un fondement psychologique inconscient.

* * *

La critique réaliste apporte un enseignement précieux dans la façon dont les juristes doivent aujourd'hui aborder la *soft law*. S'ils veulent éviter au droit international une marginalisation plus accentuée, ils ne doivent pas s'enfermer dans des catégories formelles héritées d'une époque révolue. Ils doivent chercher à réconcilier la théorie et la pratique afin que le droit international soit pertinent pour les acteurs internationaux et la conduite de leurs relations internationales. Cet appel a déjà été lancé aux juristes avant même l'avènement et la prolifération de la *soft law* :

the major problem with the great bulk of contemporary literature in the field of international law and organizations becomes its inability to articulate policy prescriptions in a manner that is useful to real-world government decision makers. Instead, most of the literature adopts a legal positivist approach to the subject of international relations that simplistically consists of a sterile, mechanistic determination of the legality or illegality of a proposed or completed course of international

⁷⁸ L'école réaliste illustre d'une autre façon la tension entre la théorie et la pratique, la distance incommensurable entre le juriste internationaliste et l'homme d'État. La formation juridique du premier l'empêche même d'aspirer au rôle du second : « *there exists a mélange of inherently debilitating characteristics so fundamental to legal education and training, to the processes of legal reasoning, to the practice of law, and to the legal profession as a whole that they seriously impede if not prevent a lawyer qua lawyer from ever becoming a decent let alone consummate statesman. To enumerate just a few : 1. The narrow-minded development of legal principles through the inductive technique of analogical reasoning 2. The piecemeal accumulation of such principles into a consequentially formalistic doctrine of little practical utility 3. The disregard of crucial facts in search for the broad principle, or vice versa 4. The rigidity of legal analysis and methodology 5. The stubborn insistence upon rules, agreements, and expectations when circumstances have been materially altered so as to render them obsolete or useless 6. The play-it-by-the-book attitude and innate conservatism this fosters 7. The stifling of intuition, creativity, and initiative, and, worst of all 8. A preference for manipulation of a given set of rules within an established game rather than the creation of a new game with an entirely different set of rules.* » : Boyle, *supra* note 76 à la p. 4.

*deportment. [...] Even more seriously, international legal positivism impedes the ability of an analyst to comprehend and operationalize the undeniable fact of international political life in the real-world situations, and especially in times of international crisis, 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. Rejecting the typical legal positivist approach to international relations, this author would like to postulate the existence of a spectrum of incremental degrees in legality and illegality for the purpose of analyzing international political behavior.*⁷⁹

Or, la *soft law* permet une telle gradation dans la légalité. Elle atténue l'application mécanique des catégories formelles de l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice* et du code binaire légal/illégal, méthode qui fait du droit international un droit déconnecté de la réalité et incapable de guider le comportement des acteurs internationaux. La *soft law* réconcilie éventuellement la norme et le fait dans une société internationale décentralisée. Les juristes doivent l'intégrer dans leurs réflexions sur le système juridique. Ils doivent exorciser l'héritage de l'école réaliste et surmonter leur exaspération initiale pour réfléchir à la mollesse du droit. Dans le cas contraire, ils risquent d'aliéner le droit international non seulement des États, mais aussi, aujourd'hui, des acteurs non étatiques.

Si les juristes doivent intégrer la *soft law* dans leurs réflexions sur le système juridique international contemporain, ils doivent néanmoins être prudents devant les plaidoyers dithyrambiques. Pour reprendre librement les paroles de Wilfred Jenks, la souplesse ou la flexibilité maximale est sécurisée par l'absence de droit tout court⁸⁰. Les méthodes souples de régulation ne constituent pas non plus une panacée. En droit international du travail, la doctrine doit épouser la logique de complémentarité des différents modes de régulation dans une société décentralisée. Dans cette perspective, la *Déclaration* de 1998 ne se substitue pas aux normes internationales du travail. Elle doit être plutôt utilisée conjointement avec les conventions et recommandations internationales, le corpus jurisprudentiel des mécanismes de contrôle, le droit international coutumier du travail⁸¹, l'intégration des normes internationales du travail par les tribunaux nationaux⁸² et les codes de conduite des entreprises multinationales reprenant les normes internationales du travail.

⁷⁹ *Ibid.* aux pp. 164-165.

⁸⁰ Wilfred Jenks, « ILO Standards: Are they Obsolete, Premature, Marginal or Important? » dans *Social Policy in a Changing World: The ILO Response*, Genève, OIT, 1976 à la p. 92.

⁸¹ Véronique Marleau, « Réflexion sur l'idée d'un droit international coutumier du travail » dans Jean-Claude Javillier et Bernard Gernigon, dir., *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Genève, Bureau international du Travail, 2004, aux pp. 363-409.

⁸² Constance Thomas, Martin Oelz et Xavier Beaudonnet, « The Use of International Labour Law in Domestic Courts: Theory, Recent Jurisprudence, and Practical Implications », dans *ibid.* aux pp. 249-285.