



SOFT LAW

ET

DROITS FONDAMENTAUX

Actes du colloque du 4 et 5 février 2016

Sous la direction de

Mihaela Anca Ailincai

Préface de

Michel Farge

PUBLICATIONS DE L'INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

N°33

SOFT LAW
ET
DROITS FONDAMENTAUX

Actes du colloque de Grenoble (CRJ), 4 et 5 février 2016

sous la direction
de Mihaela Anca AILINCAI

Avant-propos
de Michel FARGE

Editions A. PEDONE

PARIS

AVANT PROPOS

MICHEL FARGE

*Professeur de droit privé
Co-directeur du Centre de recherches juridiques (CRJ)
Université Grenoble-Alpes*

Comment réussir à discipliner autour de quelques objectifs communs soixante enseignants-chercheurs, autant de personnalités singulières, et quatre-vingts doctorants, autant de personnalités en devenir aujourd'hui accaparées par leur thèse ? Pour réaliser ce tour de force, nous avons misé, avec le Professeur Nicolas Kada, codirecteur avec moi-même du Centre de recherches juridiques (EA 1965) de Grenoble, sur une structuration du laboratoire en trois axes de recherche (<http://crj.univ-grenoble-alpes.fr>).

Interdisciplinarité oblige, fascination actuelle et légitime pour les constructions juridiques qui dépassent les frontières, nous avons retenu un axe de recherche qui se libère des matières purement juridiques et transcende les divisions disciplinaires.

Le premier axe de recherche du Centre est ainsi intitulé : Justice, société et liberté. Il repose sur l'idée qu'« au niveau national comme international, *le droit est en première ligne pour mesurer et encadrer les évolutions sociétales*. Qu'il s'agisse du droit pénal, du droit des libertés ou encore du droit de la famille, notre discipline doit concilier les exigences du vivre ensemble avec l'épanouissement des individus. Il en résulte une dialectique complexe entre la promotion des libertés individuelles et leurs inévitables restrictions destinées à assurer la cohésion sociale. Dans cette perspective, *les chercheurs du CRJ réfléchissent sur les meilleurs compromis démocratiques possibles et sur les méthodes offertes aux juges pour les mettre en mouvement*. L'objectif est d'être utile et innovant afin que les universitaires participent à l'œuvre de justice ».

Mais un tel programme n'est qu'un leurre ou un monstre de bonnes intentions s'il ne se trouve pas des individus pour le mettre en mouvement et le transformer en dynamique collective. C'est ici qu'il faut saluer les initiatives de Madame la Professeure Mihaela Anca Ailincăi. Elle a su fédérer autour d'elle un groupe de chercheurs suffisamment ambitieux (ou inconscients ?) pour étudier un OJNI (objet juridique non encore

MICHEL FARGE

identifié) : « la *soft law* en matière de droits fondamentaux ». Il y a là une conjonction de deux thématiques difficiles à saisir. En s'appropriant la question de la *soft law* en rapport avec les droits fondamentaux, ce groupe se prêtait à rencontrer le pessimisme d'un Kafka : « Tout n'est peut-être qu'un pur jeu d'esprit : ces lois que nous cherchons à deviner, peut-être n'existent-elles point après tout ? ». A l'aide de chercheurs du CRJ (Mmes Julie Arroyo, Stéphane Gerry-Vernières, Sabine Lavorel, Delphine Mardon et M. Xavier Sauvignet), Mme. Anca Ailincai est parvenue à démontrer, à la Revue trimestrielle des droits de l'homme¹, que le juriste ne doit pas toujours se placer en aval du phénomène normatif. Il ne doit pas non plus réduire le droit à une norme assortie d'une sanction. Le juriste contemporain peut, en effet, se placer en amont pour considérer le droit comme un idéal construit à coup d'avis, de résolutions ou d'alertes lancées. Il faut alors comprendre, respecter, discipliner, raisonner, diffuser et valoriser ce « droit venu de partout » ! Il y avait là de belles perspectives pour un colloque. Les lignes qui suivent vous confirmeront l'intérêt de cette intuition.

Outre le soutien apporté par le Centre de Recherches Juridiques (CRJ) de l'Université de Grenoble-Alpes, ce travail a bénéficié de l'appui de la Mission Droit et Justice ainsi que de l'aide de la Fondation René Cassin (Institut International des Droits de l'Homme) et des éditions Pedone. Qu'ils trouvent ici l'expression de notre vive reconnaissance.

¹ « La *soft law* dans le domaine des droits fondamentaux. Chronique (juin 2014 – juin 2015) », sous la direction de M. AILINCAI, *RTDH*, 2016, n° 105, pp. 183-225.

TABLE DES MATIERES

Avant propos	
Michel FARGE	5
Propos introductifs	
Mihaela AILINCAI.....	7

PARTIE 1

INTERROGATIONS ET CRAINTES SOULEVÉES PAR LA *SOFT LAW* : UNE SPÉCIFICITÉ EN MATIÈRE DE DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX ?

<i>Soft law</i> et droit naturel	
Alexandre VIALA.....	31
Juridicité du <i>soft law</i> , juridicité des droits de l'homme	
Xavier SOUVIGNET	43
<i>Soft law</i> , droits de l'homme et effectivité	
Céline FERCOT	55
<i>Soft law</i> et émergence de nouveaux acteurs normatifs	
Sabine LAVOREL	75
<i>Soft law</i> , intérêts privés et droits fondamentaux	
Lucien MAURIN	97
<i>Soft law</i> et théorie volontariste du droit international	
Ludovic CHAN-TUNG.....	109
<i>Soft law</i> , droits fondamentaux et légitimité	
Delphine MARDON	129
<i>Soft law</i> et sécurité juridique	
Stéphane GERRY-VERNIERES	149

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 2

USAGES ET FONCTIONS DE LA *SOFT LAW* :
UNE PLUS-VALUE POUR LA PROTECTION
DES DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX ?

Le métissage des sources : présentation générale Sandrine TURGIS	165
Le <i>soft law</i> et la Cour européenne des droits de l'homme Sébastien van DROOGHENBROECK	185
<i>Soft law</i> et <i>hard law</i> des droits de l'Homme à l'ONU ? Perspectives pratique, dialectique et théorique Olivier DE FROUVILLE	205
<i>Soft law</i> et autorités administratives indépendantes dans le domaine des droits fondamentaux Xavier BIOY	221
L'inclusion des personnes en situation de handicap : du <i>soft law</i> au <i>hard law</i> et inversement Isabelle HACHEZ	241
Les relations entre <i>soft law</i> et droits fondamentaux : une approche pragmatique par la RSE Emmanuelle MAZUYER	265

PARTIE 3

TABLE RONDE

Le Défenseur des droits et la <i>soft law</i> Marc LOISELLE	287
Le recours à la <i>soft law</i> dans les missions du Contrôleur général des lieux de privation de liberté André FERRAGNE	295
<i>Soft law</i> et détention - Le rôle du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT – Conseil de l'Europe) Marc NEVE	303
L'exemple de deux organes internationaux à la charnière de la <i>soft law</i> et de la <i>hard law</i> : le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) Régis DE GOUTTES	309



FONDATION RENÉ CASSIN

Institut International des Droits de l'Homme
International Institute of Human Rights

La notion de *soft law* désigne un phénomène extrêmement disparate. Il recouvre par exemple les décisions, avis ou rapports du Défenseur des droits français, les codes d'éthique des entreprises, les résolutions et recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou encore les décisions, conclusions ou observations des comités onusiens de protection des droits de l'homme. Cette hétérogénéité rend veine la quête d'une définition consensuelle de la *soft law*. Il faut se contenter de quelques critères d'identification, dont le caractère juridiquement non obligatoire et non contraignant des actes concernés et leur caractère normatif. Bien que les contours de la notion soient imprécis, ses manifestations sont ostensibles, en particulier dans le domaine des droits de l'homme.

Le colloque dont les actes sont ici publiés s'est donné pour objectif de dépasser les problèmes de définition et d'identification de la *soft law*, au profit d'une approche fonctionnelle visant à chercher à comprendre ce que la *soft law* apporte au droit des droits de l'homme. L'ouvrage se structure autour de deux axes principaux. Il s'agit d'une part de s'interroger sur une éventuelle spécificité de la *soft law* en matière de droits fondamentaux. Il s'agit d'autre part de questionner sa plus-value dans ce domaine. Sur ces deux points, les contributions d'universitaires et de praticiens assemblées dans cet ouvrage apportent des éclairages incitant à répondre par l'affirmative aux deux questions posées. Cette conclusion donne un sens et une légitimité à la *soft law*, au moins dans le droit des droits de l'homme.

L'aboutissement de ce travail a été rendu possible grâce à l'aide précieuse du Centre de recherches juridiques (CRJ), de l'Université Grenoble-Alpes, de la Mission de recherche Droit et justice, de la Fondation René Cassin (Institut international des droits de l'homme) et des éditions Pedone. Nous leur adressons des remerciements chaleureux !

Mihaela Anca AILINCAI est Professeure de Droit public à l'Université Grenoble-Alpes, membre du Centre de recherches juridiques (CRJ) et directrice du Master 2 « Contentieux des droits fondamentaux ».



Collection dirigée par Sébastien TOUZÉ

ISBN 978-2-233-00828-2

34 €



9 782233 008282