



HAL
open science

**”De l’art d’être indispensable. L’inventivité diplomatique dans une société internationale pluraliste”,
Le Dossier : L’inventivité. Aspects de sciences juridique et politique, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017, textes réunis par R. Maurel, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique],
2018, n° 14, pp. 11-40**

Enguerrand Serrurier

► **To cite this version:**

Enguerrand Serrurier. ”De l’art d’être indispensable. L’inventivité diplomatique dans une société internationale pluraliste”, Le Dossier : L’inventivité. Aspects de sciences juridique et politique, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 30 mars 2017, textes réunis par R. Maurel, La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2018, n° 14, pp. 11-40. La Revue du Centre Michel de l’Hospital - édition électronique, 2018, n° 14, pp. 11-40. hal-01830159

HAL Id: hal-01830159

<https://uca.hal.science/hal-01830159>

Submitted on 1 Oct 2019

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

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

DE L'ART D'ÊTRE INDISPENSABLE. L'INVENTIVITE DIPLOMATIQUE DANS UNE SOCIETE INTERNATIONALE PLURALISTE

Enguerrand **SERRURIER**,¹

doctorant en droit public ED 245,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Les temps difficiles, laissant voir l'épuisement des méthodes habituelles, suscitent un besoin de renouvellement continu pour surmonter les obstacles au cours des longs fleuves tranquilles. Pour éviter la dislocation sociale dans un tumulte révolutionnaire, phénomène par définition contraire au droit et générant des violations violentes des droits de chacun, il faut alors des acteurs inventifs, capables d'aménager sans anéantir.

Définie par le *Trésor de la langue française* comme la « faculté de concevoir quelque chose de nouveau, l'imagination créatrice », l'inventivité, et en particulier l'inventivité des institutions juridiques, en tant que telle, n'est guère étudiée comme facteur identifié de l'évolution des ordres juridiques. Il faut dire que l'image d'un immobilisme conservateur reste faussement attachée aux phénomènes et à l'analyse juridiques dans l'opinion : « les juristes sont des gens archi-réactionnaires », aurait dit BEBEL, fondateur des sociaux-démocrates allemands, en son temps². Il n'empêche qu'à l'heure actuelle des ministres en appellent eux-mêmes au monde du droit pour que celui-ci exprime une « inventivité juridique »³ capable de répondre aux problématiques et aux crises contemporaines.

La prise en compte de l'inventivité comme force créatrice du droit est donc devenue à la mode. Ici cependant le droit international a précédé le mouvement général puisque l'inventivité y est une notion associée et encensée dès l'origine. En effet, l'affermissement de cette matière, tiraillée entre l'argument *ad antiquam* – soit la légitimité historique, typique de la formation de la coutume – et l'argument d'*aggiornamento* – soit les transformations morales et sociales –, a pour objet d'organiser des liens sûrs et inclusifs pour défricher et domestiquer « la jungle internationale naturellement instable du fait de la lutte permanente pour la puissance à laquelle se livrent les États »⁴. Ce lent processus exige de ses interprètes une grande capacité d'innover, remarquable par la pérennité et la diversité de ses orientations.

En évoquant le souvenir des juristes-théologiens (VITORIA, SUAREZ) de l'École de Salamanque au XVI^e siècle ou encore de GROTIUS, qui sont considérés comme les « inventeurs » du droit des gens en bonne partie à partir de la droite raison jus-naturaliste, force est de constater que la discipline a été l'objet privilégié des faiseurs de système, des théoriciens utopiques. Le projet de « Paix perpétuelle » de l'Abbé DE SAINT-PIERRE le montrait fort bien : celui-ci inventa *ex nihilo* un système d'arbitrage et de maintien de la paix en avance sur son temps, et qui resta lettre morte⁵. Né, en tant que discipline organisée, dans des esprits mêlant scolastique finissante et humanisme croissant, le droit des gens ne pouvait qu'être influencé par un tel « supplément d'âme »⁶. Mais ces tentatives louables ont étiré la matière vers des aspirations philosophiques plus que vers la réalité positive. Cette tendance abusive met trop en avant une *lex ferenda* innovante mais incorporelle, au détriment d'une *lex lata* qui fut longtemps brutale et décevante⁷. De grands auteurs, tel Raymond ARON, ont réagi de façon quelque peu caricaturale en confondant l'idéologie juridique de la doctrine internationaliste et les règles de droit international⁸. Par suite, il a rejeté ce composé dissociable comme s'il s'agissait d'un bloc irréaliste, et somme toute inutile, pour expliquer la paix et la guerre entre les nations, œuvre d'une diplomatie rompue à la *realpolitik*. L'utopie est inscrite dans l'élaboration même du droit international⁹. Mais elle l'est à n'en pas douter dans toute discipline juridique, où les enseignants comme les législateurs commencent par édicter une sorte de modèle de comportement idéal, avant d'aborder

¹ Alors ATER en droit public à l'Université Clermont Auvergne l'année du colloque.

² Ce sont du moins les paroles que lui prête LENINE, dans son pamphlet de 1918 stigmatisant les critiques juridiques formulées à l'encontre de la dictature du prolétariat (*La Révolution prolétarienne et le renégat Kautsky*).

³ CAZENEUVE, B., « Introduction », in Conseil de l'Europe, Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI), *Le juge et la coutume internationale*, conférence, Paris, 44^e réunion, sept. 2012, p. 16.

⁴ BRAILLARD, Ph. & DJALILI, M.-R., *Les relations internationales*, Paris, P.U.F., Coll. Que Sais-Je ?, 2012, p. 10. Le contexte actuel, empli de démonstrations d'unilatéralisme agressif, ne fait que confirmer ce constat.

⁵ CASTEL DE SAINT-PIERRE, Ch.-I. (abbé), *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, Utrecht, Schouden, 1713 (1^{ère} éd.) ; Fayard, Paris, 1987, 720 p. L'auteur anticipait avec près de trois siècles d'avance une organisation institutionnelle internationale au service de la paix et de la conciliation.

⁶ Selon l'expression heureuse du Professeur DELMAS-MARTY pour caractériser l'apport de l'humanisme à la science juridique (DELMAS-MARTY, M., « L'humanisme juridique entre mythe et utopie », in *Séminaire de l'Institut du Tout-Monde*, session 2012-2013 « Poétique des humanités », p. 3).

⁷ En témoignage la longue tolérance de ce droit au colonialisme, l'encadrement longtemps lacunaire du recours à la force, l'apparition tardive du droit international humanitaire, etc.

⁸ SUR, S., « R. Aron, « Paix et guerre entre les nations », un demi-siècle plus tard – La bougie n'éclaire pas sa base », *La Revue géopolitique*, 2 juin 2013 : « Lorsqu'il [R. Aron] croit traiter du droit international, il traite en réalité de l'idéologie juridique internationaliste, à partir de quelques doctrines, en négligeant de considérer le droit positif. Tout se passe comme si cet auteur socratique n'avait pas en l'occurrence détaché son regard du fond de la caverne et ne s'était attaché qu'à une illusion, au reflet du droit international déformé par la doctrine, sans l'analyser dans sa réalité juridique ».

⁹ LEJBOWICZ, A., *Philosophie du droit international – L'impossible capture de l'humanité*, Paris, P.U.F., Coll. Fondements de la politique, 1999, p. 273 : « Si nous pouvons parler de la dimension utopique dans l'élaboration du droit international, c'est que l'utopie en fait partie intégrante. Elle interfère dans sa formulation positive. Elle est si visible qu'elle paraît en être la matière informelle, ou bien l'horizon autorisant sa rédaction, ou encore la condition permettant à la scène internationale de se déployer dans des dimensions contradictoires ».

comme à regret la caractérisation et la sanction des possibles violations du standard : quand on pense à le faire, ce qui n'est pas systématique en droit public¹⁰. Le droit international ne fait qu'accentuer ce trait¹¹, du fait de ses caractéristiques propres. L'énumération y paraît parfois dithyrambique et la sanction est complexe, et aléatoire, par rapport à ce qui se pratique dans les systèmes internes où l'application du droit jouit du confort qu'apporte l'autorité sans partage de l'État. Dans l'ordre international, par contre, les diplomates doivent rivaliser d'ingéniosité pour donner à des textes la force nécessaire à ce que les souverains se considèrent comme liés.

C'est en effet faire un bien mauvais procès au droit international que de lui reprocher son inventivité, étant donné la spécificité de ce droit. Sa formulation et son exécution sont décentralisées, dépourvues de structures générales d'ordre public dont la compétence serait automatique¹². Le droit international, droit contractuel jugulant des Puissances souveraines, est en apparence beaucoup plus anarchique dans son expression que la plupart des droits internes, qui sont d'une structure souvent pyramidale. Pourtant, son processus inventif peut s'analyser de façon cohérente, sous l'angle d'une dialectique incessante entre les pratiques des États pour préserver et faire progresser leurs intérêts d'une part, et d'autre part les besoins plus ou moins exprimés de la mosaïque hétérogène qui constitue la société internationale. De cette absence de hiérarchie entre les deux pôles de génération de la matière, il est déduit couramment et bien hâtivement que le droit international serait « primitif », sinon peu élaboré, voire peu *juridique*, tout simplement. C'est là juger à l'aune des systèmes internes un droit qui est pourtant extérieur à leur échelle de force ; cette dernière y est graduée par un principe d'autorité conférée à des sources supérieures les unes aux autres. Le droit international ne correspond guère à cette logique. Il n'est pas primitif : il est *différent*¹³. Son échelle de force est quant à elle fondée sur un principe de dialogue entre des sources équivalentes. Une telle liberté rend difficile toute systématisation. Le dynamisme qu'elle induit permet une large marge de manœuvre pour l'inventivité de ses principaux acteurs, les agents étatiques et multilatéraux.

Il y a deux registres dans lesquels joue l'inventivité diplomatique concernant le droit international, qui peuvent se dessiner à grands traits comme suit :

- tout d'abord, le contenu de la négociation peut être inventif du point de vue des normes et mécanismes juridiques établis ; c'est ce que nous proposons d'appeler *l'inventivité matérielle*, qui vise au fond de la norme, et dans laquelle l'invention s'articule autour de ce qui est acceptable, compte tenu de la souveraineté des États et de la prise de conscience des intérêts communs ;
- ensuite, la méthode et les interactions entre les négociateurs à l'origine de la norme, qui sont l'objet d'innovations permanentes en fonction d'une évolution casuistique et empirique ; c'est ce que nous nous proposons d'appeler *l'inventivité relationnelle*, et délibérative, laquelle vise à élargir le cercle de légitimité de la norme en y associant des acteurs qui ne sont pas placés dans la stricte dépendance des gouvernements.

L'inventivité matérielle est des plus riches et diversifiées en droit international, mais il paraît difficile de l'aborder de façon satisfaisante dans le cadre restreint de cette contribution. En effet, à moins de la cantonner à telle ou telle branche spécifique, une tentative d'aperçu général ne serait que la description d'un *patchwork*. De plus, il reste que cette inventivité paraît au prime abord relever d'une obéissance plus strictement juridique, puisqu'il s'agit de la rédaction et de l'interprétation textuelles d'un contenu normatif¹⁴. L'inventivité relationnelle, elle, suscite un débat qui est d'évidence mixte, à la fois de science politique et de science juridique. Elle pose la question des sujets créateurs du droit et des rapports de pouvoir qui existent entre eux, et autour d'eux, pour former la règle. Elle demande d'axer l'approche sur la phase de la négociation et du rapprochement des positions divergentes entre les émetteurs de normes, autrement dit, *l'art de la diplomatie*. L'inventivité diplomatique dans le domaine relationnel est intense, et c'est sur elle que sera donc centré le propos.

L'économie d'une brève évocation introductive de l'inventivité matérielle des diplomates ne peut pourtant être faite. Pour ce faire, on mentionnera un exemple caractéristique, à partir de principes fondamentaux du droit international, parfois associés : l'égalité souveraine et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

10 V. à ce sujet VIRALLY, M., « Sur la prétendue « primitivité » du droit international », in (du même auteur), *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, p. 95, §§ 22-24 : « La définition du droit comme ordre de contrainte est tout à fait utilisable pour le droit privé, qui s'occupe précisément des particuliers. Elle devient beaucoup plus contestable pour le droit public, ou tout au moins, pour les branches du droit public qui obligent l'État [...] : peut-on utiliser la contrainte contre celui qui dispose de la force publique ? Il peut y avoir des mesures d'exécution forcée contre les hommes, pris individuellement, qui sont au service de l'État, au moins dans certaines limites, variables suivant les législations nationales, mais qui sont toujours assez rapidement atteintes. On conçoit mal de telles mesures contre les organes de l'État et même contre les biens et deniers publics. Faudrait-il en conclure que le droit administratif et le droit constitutionnel ne sont « du droit » que dans la mesure où ils s'appliquent aux particuliers ? Que l'État lui-même échappe au droit ? Il suffit de poser ces questions pour constater à quelles absurdités conduit la conception qui veut faire du droit un ordre de contrainte. En réalité, le droit international n'est pas le seul à ne pas se conformer à cette conception : c'est le cas aussi du droit public interne, dans une large mesure, et il faut se souvenir que le droit international se rattache lui-même au droit public ».

11 Il est vrai que le défi de régir l'ensemble des relations juridiques extérieures paraît si grand que d'aucuns ont pu évoquer le droit international comme une « utopie nomocratique », difficilement réalisable au moment où la globalisation tendrait à transformer ces relations en une sorte de « droit mondial » ; celui-ci étant par ailleurs concrètement dérégulé sur le fond, et passablement obscur en tant que concept (GUETTARD, H., « Point de vue. Une utopie d'aujourd'hui : le rêve d'un droit mondial », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 79, 2003/3, pp. 117-122).

12 L'ONU est une ébauche, certes remarquable pour sa polarisation de la société internationale, mais limitée, d'un « centre où s'harmoniseraient les efforts des nations vers les fins communes définies par elles » (C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif, 11 avr. 1949, C.I.J. Rec. 1949, p. 178).

13 VIRALLY, M., « Sur la prétendue « primitivité » du droit international », in (du même auteur), *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, Genève, Graduate Institute Publications, 1990, pp. 91-101.

14 Un accord juridique, au-delà de son exégèse, s'analyse également comme le fruit d'un rapport politique ; mais le panorama paraît trop large pour en dresser un tableau général satisfaisant dans cette contribution, en ce sens qu'elle se limiterait à une anthologie arbitraire de « morceaux choisis ».

L'inventivité matérielle, en tant que création de normes, et le soutien effectif sur le long terme qu'elle reçoit par les sujets de droit, provient en effet bien souvent d'intérêts de politique étrangère que l'on tient à légitimer par le droit, pour leur donner une autorité supérieure et une forme de sacralité morale. Ainsi en est-il du principe de l'égalité souveraineté des États, forts ou faibles, issu du système des traités de Westphalie de 1648, à partir duquel la diplomatie française a rapidement extrapolé une garantie des « *possessions et libertés des nations* »¹⁵. Les études juridiques apprennent par le menu aux étudiants la source formelle – lesdits traités. Il est souvent omis d'en préciser l'origine profonde, ce que le juriste repousse parfois hâtivement en la dénommant « *source matérielle* ». C'est-à-dire la convergence entre d'une part les velléités anarchiques, façon *Clochemerle*, des principicules de l'Allemagne vis-à-vis d'une autorité impériale à éclipses, et d'autre part la politique extérieure de la France qui, pour assurer ce que VAUBAN a appelé son « *pré carré* », voulait désagréger cette fédération chancelante¹⁶. La source matérielle ne se limite pas à une contextualisation sociologique plus ou moins marginale au raisonnement juridique. En droit international, elle participe à l'esprit de la norme, dont la source formelle n'est que la transcription, et elle s'intègre à son application. Sans forcer le trait et vouloir « *aller au-delà du droit* »¹⁷, comme ont pu l'écrire des théoriciens, il s'agit simplement d'aller au-delà de la lettre. Serait-ce là une interprétation politique du droit ? C'est en tout cas tenir compte des réalités, puisqu'« *un système légal doit être construit sur des faits politiques* »¹⁸. Le droit international connaît bien cette confusion des genres, avec des différends de nature hybride¹⁹ ; et nombreux y sont les actes bâtis sur des « *entrelacs de normes politiques et juridiques [qui] contribuent à donner l'impression d'une perméabilité entre les sphères politique et juridique* »²⁰.

Ainsi, du XVII^e siècle jusqu'à la fin de la Grande Guerre, c'est le programme séculaire de *l'abaissement de la Maison d'Autriche*²¹, paré des atours successifs de la défense des libertés germaniques²², puis du principe des nationalités²³, et enfin du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes²⁴, qui a orienté avec quelque continuité²⁵ une part notable de l'action inventive des diplomates et juristes français pour encadrer la génération des États sur le Vieux Continent, et ce de RICHELIEU jusqu'à CLEMENCEAU. Certes, il y a des distinctions conceptuelles non négligeables dans la formulation de ces principes juridiques. Leur application ne fut jamais intégrale ni autonome de la volonté des Puissances, dans le sens où leur interprétation fut toujours soumise aux limites imposées par la recherche de l'équilibre européen : et donc, pas de « droit » à la sécession, pas de « droit » à l'indépendance, ni de « droit » à un État. Mais c'est bien une volonté pérenne, relevant de la conception des relations internationales et des intérêts stratégiques²⁶, qui a conditionné l'existence d'une norme

¹⁵ V. les tractations et échanges de correspondance entre l'abbé DE BERNIS, Secrétaire d'État aux Affaires étrangères sous Louis XV, et la chancellerie autrichienne.

¹⁶ Le jugement émis par le Comte DE MONTMORIN, dernier ministre des Affaires étrangères de la monarchie absolue et très inégal successeur de VERGENNES, alors qu'il s'exprimait devant les États généraux en 1789, dénote bien cette constante de la diplomatie française d'Ancien Régime : « *L'Empire n'est qu'un composé de pièces sans rapport* ».

¹⁷ BULL, H., « Hans Kelsen and International Law », in TUR, R. & TWINNING, W. L., *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 332.

¹⁸ *Ibid.*, p. 330.

¹⁹ La distinction classique entre différend politique et différend juridique, ce dernier étant notamment défini dans les Traités de Locarno de 1925 (article 1^{er} des traités d'arbitrage annexés : « *Toutes contestations [...] de quelque nature qu'elles soient, au sujet desquelles les Parties se contesteront réciproquement un droit* »), est de plus en plus tenue au vu du développement du droit, et en tout cas quasiment inopérante quand elle est soulevée devant le juge international ; à tel point que Sir H. LAUTERPACHT faisait déjà observer en son temps que « *the doctrine is untenable in theory and harmful in practice* » (in *The Function of the Law in the International Community*, Oxford, Clarendon Press, 1933, p. 435). Je me demande si on ne peut pas dire directement que la distinction n'existe plus en termes contentieux...

²⁰ GAUTIER, Ph., « Accord et engagement politique en droit des gens : à propos de l'Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurité mutuelles entre l'OTAN et la Fédération de Russie, signé à Paris le 27 mai 1997 », *A.F.D.I.*, vol. 43, 1997, p. 90. L'un des exemples les plus frappants de ces accords au statut ambigu est celui de l'Acte final d'Helsinki de 1975.

²¹ Pour une illustration centrée sur le XIX^e siècle, v. HOREL, C., « La France et l'Autriche, 1815-1918 », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, 2010, n° 32, p. 78 : « *La question des nationalités est indirectement instrumentalisée contre l'Autriche-Hongrie* ».

²² Le langage diplomatique adopté sous Louis XIII retrace cette volonté d'inventer un droit « juste » pour légitimer son action politique : « *Le sieur de Saint-Chamont [dans son voyage aux cités et États des Pays-Bas et d'Allemagne] leur représenta la sincère affection de Sa Majesté envers la cause commune, leur fit connaître qu'elle n'avait pris part à cette guerre que pour protéger et défendre, par sa grande puissance, les libertés germaniques contre les violentes usurpations de la maison d'Autriche* » (in *Mémoires du Cardinal de RICHELIEU*, année 1635). « *Tout en secourant la ligue protestante en Allemagne, le cardinal conçut l'idée de dissocier la cause de l'Empereur et la cause catholique. S'étant rendu compte que les princes catholiques tenaient à leur indépendance en face de l'Empire ni plus ni moins que les princes et les États protestants, il mit tout son effort [...] pour transformer et pour étendre le rôle du roi de France en tant que protecteur des libertés germaniques et promoteur de l'égalité souveraineté des États. [...] Richelieu fit en sorte que la France apparût comme la protectrice désintéressée et le recours équitable de tout ce qui avait sujet de se plaindre* » (BAINVILLE, J., *Histoire de deux peuples : la France et l'Empire allemand*, Paris, Flammarion, 1915, p. 38).

²³ V. à ce sujet HARMIGNIE, P., « Note sur le principe des nationalités », *Revue néo-scholastique de philosophie*, vol. 28, n° 9, 1926, pp. 23-36.

²⁴ L'un des Quatorze points du Président WILSON ne fait que réutiliser ce principe du droit des peuples contre le trône des Habsbourg : « *Aux peuples de l'Autriche-Hongrie, dont nous désirons voir sauvegarder et assurer la place parmi les nations, devra être accordée au plus tôt la possibilité d'un développement autonome* ».

²⁵ Exception faite de la période d'une trentaine d'années issue du renversement complet des alliances, orchestré par Louis XV dans les deux traités de Versailles passés avec les Habsbourg en 1756-1757, la « Révolution diplomatique » aux résultats finalement assez médiocres. Elle devait, pendant l'intervalle de son existence, être sans cesse dénoncée par ses détracteurs austrophobes comme l'anéantissement de la conception française des relations extérieures et du système de droit des gens établis depuis Richelieu (pour une approche historique, v. KAISER, Th. E., « La fin du renversement des alliances : la France, l'Autriche et la déclaration de guerre du 20 avril 1792 », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 351, janv.-mars 2008, pp. 77-92).

²⁶ Il y a bien entendu des différences notables entre la pensée monarchiste de Richelieu et les conceptions républicaines de Clemenceau, que l'on ne saurait nier ; néanmoins, derrière les variations entre des propositions normatives qui correspondent à l'état social international de leur époque, il y a bien un socle commun associé à des velléités d'indépendance (et de fragmentation) opposées notamment aux théories de la « Fédération universelle » ou de la *civitas maxima* défendues par nombre de jus-naturalistes.

proclamée sous de nombreux avatars formellement différents²⁷, ayant pour fonction (et conséquence) de perturber l'ordre d'alors : en brisant les empires plurinationaux²⁸.

Mais pour rendre complètement justice à cette inventivité diplomatique française contre les Habsbourg, il faut préciser qu'elle remonte, au-delà du système westphalien de 1648, à François I^{er} : il fut en effet le premier à traiter, en tant que puissance occidentale chrétienne, avec le Grand Turc. Ce faisant, par cette inventivité relationnelle – pour y revenir –, le Roi-Chevalier cassait ainsi pour la première fois la sphère très fermée du « *droit public européen* », et ouvrait la voie à une juridicisation stable des relations externes des Puissances occidentales avec des entités et États qui n'én étaient pas, jusque-là, jugés dignes.

L'élargissement contemporain du champ des sujets du droit international, accompagnant l'évolution de la société internationale, a vu l'admission progressive dans ce cénacle élitiste et ethnocentré des États autres qu'occidentaux, nouvellement indépendants et décolonisés dans les Amériques, en Afrique et en Asie. Ce mouvement de diversification sociologique des États – premier véritable saut de leur société dans le processus pluraliste²⁹ – s'est accompagné de l'apparition de *fora* et d'associations entre eux, les organisations internationales. Qu'il s'agisse des relations strictement interétatiques ou des négociations dans un cadre multilatéral, l'art diplomatique n'a pas été aussi fondamentalement changé que ce que craignait l'élite diplomatique de la III^e République. CHODRON DE COURCEL, lors de l'avènement balbutiant des grandes conférences de la Belle Époque, s'interrogeait ainsi :

« *N'est-ce pas une sorte de suicide de la part de la diplomatie, que de travailler à l'établissement d'une procédure dont le but est de soumettre à la régularité d'une décision en quelque façon automatique la plupart des litiges où triomphaient jadis le savoir-faire des hommes d'État ?* »³⁰

C'était exagéré et CAMBON, en son temps, a vite dissipé cette angoisse de « *la fin de la diplomatie par le droit* »³¹, réapparue avec l'établissement de la S.D.N. Il n'y a pas eu substitution du droit international à la diplomatie : mais au contraire l'association des deux, se renforçant mutuellement³². De nos jours, qu'il s'agisse d'agents étatiques ou onusiens, le rituel ballet diplomatique demeure entre ces représentants de personnes publiques. Les États continuent de jouer le rôle pivot qui est le leur, en tant que sujets pléniers et souverains du droit international ; les organisations internationales ne jouissent que d'une personnalité fonctionnelle et dépendante des missions que les États leur ont confiées³³. La problématique de ces dernières décennies, pour l'inventivité relationnelle, est moins la question des échanges entre États et organisations internationales – un sujet vu et revu³⁴ – mais plutôt celle du rapport de droit (et de pouvoir) entre les diplomates et ceux qui ne le sont pas. La diplomatie est en effet confrontée à l'émergence de *candidats à la cogestion* de la scène internationale contemporaine. C'est-à-dire :

- soit des entités non admises comme personnes de droit international, et qui aspirent à être considérées comme des participants, voire des parties, à la négociation diplomatique ; il s'agit souvent de personnes privées ou de collectivités non étatiques (§ I) ;
- soit des agents d'un genre particulier, qui aspirent à réguler l'action internationale et orienter dans certains cas la négociation diplomatique par l'exercice d'une autorité impartiale pour dire le droit, c'est-à-dire les juges internationaux (§ II).

²⁷ Cela n'empêche que la source formelle dispose bien entendu, en fonction des circonstances et notamment du développement des systèmes juridiques dans lesquels elle s'applique, d'une capacité d'évolution autonome pouvant aboutir à un résultat juridique considérablement éloigné de l'esprit initial émanant de la source matérielle.

²⁸ Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes connaît cependant une juridicisation plus élaborée qui lui permet de se dégager de l'accusation de simple contingence politique dont le principe des nationalités a souvent été taxé ; v. CARPENTIER, Ch., « Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d'un prétendu principe », *R.B.D.I.*, 1992, n° 2, pp. 351-389.

²⁹ BATTISTELLA, D., *Un monde unidimensionnel*, Paris, Presses de Science Po, Coll. Nouveaux Débats, 2^e éd., 2015, p. 125 : « *Ce n'est qu'à partir de 1945 que la société internationale s'étendra à la planète entière. Surtout, l'inclusion des entités non européennes sera cette fois-ci non plus octroyée avec condescendance, mais décidée au nom de l'égalité souveraineté entre États, [...] confirmée par les résolutions 1514 (XV) et 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, inaugure une ère marquée par un engagement en faveur d'une société internationale pluraliste* ».

³⁰ Cité in DASQUE, I., « Les élites diplomatiques de la République face aux mutations de l'ordre international à la fin du XIX^e siècle : une réaction aristocratique ? », in BELISSA, M. & FERRAGU, G. (dir.), *Acteurs diplomatiques et ordre international. Fin XVIII^e siècle – XIX^e siècle*, Paris, Kimé, 2007, pp. 120-121.

³¹ CAMBON, J., *Le diplomate*, Paris, Hachette, 1926, p. 107 : « *Je veux bien qu'à la Société des Nations, il n'y ait pas de place pour les diplomates ; il y en aura toujours une pour la diplomatie, si par diplomatie on entend l'intrigue et l'âpre dispute des intérêts* ».

³² Il a d'ailleurs été évoqué à ce sujet l'affermissement d'une « *méthodologie juridique de la négociation internationale* » (CHOUKROUNE, L., « La négociation diplomatique dans le cadre du règlement pacifique des différends », *Hypothèses*, vol. 1, n° 4, 2001, p. 161.

³³ Cette présentation sommaire mériterait bien sûr d'être approfondie : le « principe de spécialité » qui conditionne la reconnaissance de la personnalité juridique internationale à ces sujets dérivés paraît une limite très théorique quand ces structures bénéficient de compétences tellement larges et variées qu'elles en deviennent généralistes, à l'instar du mandat donné par la Charte des Nations Unies ; ou encore lorsque cette mission est renforcée par une conception reconnaissant *a posteriori* des compétences implicites, comme c'est le cas pour l'Union européenne.

³⁴ Au sujet des rapports entre ces branches de la « diplomatie publique », v. par ex. : CARVALHO SPINOZA (DE), S., BOULANGER, H. & COTTON, A.-M., « La diplomatie 'publique' ou le pouvoir de négociation des organisations internationales : le cas du Service des Affaires étrangères de l'U.E. (S.E.A.E.) », *Revue de Management et de Stratégie*, vol. 2, n° 10, pp. 33-54.

Ce pluralisme de la société internationale, selon l'expression de BULL³⁵ mais dans une optique plus revendicative que conservatrice³⁶, est une tendance contemporaine structurante, et suppose donc une inventivité diplomatique accrue. Elle se fonde sur les efforts des représentants des personnes publiques internationales (désignés ici par l'expression générique de « diplomatie intergouvernementale »³⁷) pour rester maîtres du jeu dans un droit qui ne sert plus uniquement à régir, loin s'en faut, « *les relations entre États indépendants* », comme l'exprime le fameux arrêt *Lotus* rendu en 1927 par la Cour permanente de Justice internationale, fruit d'un postulat volontariste daté³⁸ et réducteur. Et si encore aujourd'hui le principe de la souveraineté est bel et bien la pierre angulaire des rapports entre systèmes juridiques³⁹, parallèlement la diplomatie intergouvernementale parvient, tant bien que mal, à demeurer l'indispensable cheville ouvrière de toutes les relations qui aspirent à générer du droit dans le champ international.

I. L'INVENTIVITE DIPLOMATIQUE DANS L'INTEGRATION CONDITIONNELLE DES « MARGINAUX » DU GRAND JEU

L'inventivité relationnelle dans la formation du droit international se manifeste à travers l'admission – toujours de façon particulière, conditionnelle et limitée – d'acteurs considérés jusque-là comme des marginaux au *Grand Jeu* diplomatique : il s'agit tout d'abord des acteurs d'influence, d'origine privée et souvent transnationale (A) ; ensuite, les États acceptent parfois l'expression d'intérêts infra ou trans-étatiques par des modes alternatifs au monopole gouvernemental de la représentation populaire (B).

A. La participation officielle des acteurs d'influence dans la formation du droit des gens

Parmi ces acteurs d'influence extérieurs aux systèmes administratifs nationaux et internationaux⁴⁰, issus pour l'essentiel d'initiative privée, il convient de distinguer selon que la diplomatie gouvernementale leur reconnaît, exceptionnellement, une personnalité juridique en tant que co-signataire indépendant de certains actes conventionnels, au côté des puissances souveraines – cela arrive dans le domaine humanitaire (1) – ; et les autres domaines, tel l'environnement ou les droits de l'homme (2), où malgré un fort activisme de ces acteurs, ceux-ci restent toujours précédés, guidés et encadrés par la diplomatie des personnes publiques, qui a seule un statut officiellement créateur de droit obligatoire et opposable.

³⁵ H. BULL (*The Anarchical Society : A Study of Order in World Politics*, 1977) a formulé ce constat d'une société internationale intrinsèquement pluraliste, car dominée par des États différents entre eux, tout en acceptant à l'occasion des sujets d'une autre nature. On ne s'étendra pas sur le débat qui agite l'école anglaise des relations internationales : elle s'interroge sur ce qui en découle – logique pleinement conservatrice pour les « pluralistes internationaux » de stricte obédience (RAMEL, F., « En lisant Kelsen : droit et conception des relations internationales chez Morgenthau et Bull », *A.F.R.I.*, vol. XV, 2014, p. 494), logique solidariste vers une « *pluralist world society* » pour d'autres (v. LINKLATER, A., « The English School Conception of International Society : Reflections on Western and Non-Western Perspectives », *Ritsumeikan Annual Review of International Studies*, vol. 9, 2010, pp. 1-13). Laissant là la recherche de la finalité d'un état de fait, il convient de préciser qu'il s'agit bien d'une société « *pluraliste* », et non d'une société « *plurielle* » : il y a certes une tendance à intégrer la diversité, mais sous l'égide étatique au soutien de laquelle se déploie toute l'inventivité diplomatique, pour empêcher que cette société ne devienne réellement plurielle, c'est-à-dire sans filtre préalable ni hiérarchie des différentes légitimités.

³⁶ WILLIAMS, J., « Pluralism, Solidarism and the Emergence of World Society in the English School Theory », *International Relations*, vol. 19, n° 1, p. 28 : « *Diversity is not a product of the states-system, but a fundamental of the human condition. But there are version of diversity that are increasingly pressing against this territorialised form of it – groups, identities, constituencies and interests that cannot take a territorial form that makes them at least candidate members of international society. Women, indigenous peoples, Diaspora's, religions, trades-unionist, environmentalists and many others are often cited [...]. They are not territorial in the way that states are and yet they are obviously signifiers of diversity, and also of the potential clashes of interests, values and world-views that have been previously contained within international society* ». Cette volonté de participer au dialogue et à l'élaboration de la norme ne s'étend pas qu'aux défavorisés divers et variés en tant que mouvements socio-politiques : il faut également tenir compte de la montée en charge des institutions internationales juridiques et judiciaires, un processus amenant le diplomate à transiger avec des éléments du système qu'il a certes créé mais qui gagnent en densité et en velléités d'action. Ce sont les aspirations et évolutions divergentes, et potentiellement conflictuelles, qui suscitent l'inventivité des gestionnaires du système pour orienter celui-ci dans les directions jugées utiles et appropriées.

³⁷ Les États, dans leurs relations extérieures, et la plupart des organisations internationales dans leur fonctionnement, s'organisent selon un schéma de coopération intergouvernementale. Certes, en droit de l'Union européenne, il convient de distinguer spécialement dans la marche des institutions la « méthode intergouvernementale » (coopérative), et la « méthode communautaire » (intégrative). Le qualificatif « intergouvernemental » ici accolé à la diplomatie est pris dans un sens général et englobant, au-delà de ces orientations.

³⁸ Il est à noter que la C.P.J.I. relativisait déjà dans l'arrêt même cette définition très « anzilottienne » du droit international, au paragraphe précédent : « *Cette manière de poser la question est commandée par la nature même et les conditions actuelles du droit international* » (p. 18). V. également ALLAND, D., *Anzilotti et le droit international public – Un essai*, Paris, Pedone, 1^{ère} éd., 2012, p. 64 et s.

³⁹ PELLET, A., « Repenser les rapports entre les ordres juridiques ? *Oui, mais pas trop...* », in BONNET, B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 1781 : « *Dire que l'ombre de la souveraineté plane sur les rapports entre le droit national et les « droits externes » ne signifie pas que [...] seul l'État crée, ou même soit, le droit ; nous savons maintenant qu'il existe des droits non étatiques ; [...] autant de corps juris qui se développent et s'organisent en-dehors de l'État, voire « contre » lui ; mais ces droits ne s'en situent pas moins « par rapport à l'État » (donc à la souveraineté), ne fût-ce que pour la contourner. Et comme tous les droits non étatiques (y compris le droit international public), ils doivent recourir à l'État pour leur mise en œuvre ultime* ».

⁴⁰ Également dénommés « agents non-étatiques ».

Seul sera abordé ici le cas des organisations internationales non gouvernementales, à but non lucratif⁴¹ : la « *diplomatie d'entreprise* », malgré la publicité qui lui est faite à chaque fois que sont conclus des contrats aux montants exorbitants, si elle concerne certes les relations internationales, ne relève guère du droit public en tant que telle⁴².

1. L'inventivité dans la diplomatie humanitaire : de quelques fictions nécessaires en droit international

Exemple typique et ancien, le processus inventif de la diplomatie humanitaire a été impulsé par une initiative philanthropique célèbre, qui a pris la forme du Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.). La fonction de cet organe est singulière, puisqu'il vise essentiellement à interagir avec les gouvernements pour préserver les droits des personnes vulnérables garantis par les conventions de La Haye et de Genève.

C'est une institution « *ayant un statut propre* »⁴³, notamment vis-à-vis de la Fédération internationale de la Croix-Rouge (F.I.C.R.) et de ses Sociétés nationales, ces dernières n'étant que des associations de droit interne. Il est vrai que le C.I.C.R. se révèle un hybride *sui generis*, étant en soi une invention originale et spécifique au droit international humanitaire, dont il est incontestablement le moteur⁴⁴, bien qu'il soit dépendant de la coopération des États pour s'affirmer (a). Sa rare personnalité sans puissance, largement fictionnelle donc, reste une des plus nobles causes de l'inventivité relationnelle dans cette branche du droit des gens (b).

a) Indépendance de droit et difficile autonomie de fait du C.I.C.R.

Ce moteur qu'est le C.I.C.R. a nécessairement besoin, cependant, du soutien et du financement étatique pour fonctionner. Historiquement, le support de la Suisse fut déterminant pour l'avènement de cet acteur⁴⁵ composé uniquement de citoyens suisses désignés par cooptation. C'est ainsi, par exemple, que la « *Conférence diplomatique pour l'élaboration de Conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre* », qui a abouti aux Conventions de Genève de 1949, fut convoquée par le Conseil fédéral suisse, lequel est institué gardien des instruments qui y ont été adoptés. Se voyant attribuer des missions précises à l'article 8 commun des conventions de Genève, le C.I.C.R. a développé des relations diplomatiques d'un genre nouveau en signant des accords de siège avec la Suisse certes, mais également avec une soixantaine d'autres États, affirmant un positionnement particulier car ce type de convention n'a cours, normalement, qu'entre des États et des organisations intergouvernementales. Le C.I.C.R. n'est pas de cette qualité, ni non plus la F.I.C.R. – laquelle a conclu de son côté une trentaine d'accords du même type avec des États, lesquels reconnaissent expressément sa « *personnalité juridique internationale* »⁴⁶.

⁴¹ *Quid d'autres entités privées assumant, sans but lucratif, une fonction de réglementation dans leurs domaines respectifs, tel le Comité international olympique (C.I.O.) dans le domaine du sport, ou l'I.C.A.N.N. dans le domaine du Web ? Des travaux conséquents et bien connus ont démontré l'existence d'une *lex sportiva* (LATTY, F., *La Lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leyde, Nijhoff, 2007, 850 p.), et ces instances sportives transnationales se retrouvent souvent en position de véritable négociateur avec les États concernés pour organiser les différentes compétitions. Le prisme ici retenu se concentre cependant sur les domaines où la diplomatie étatique est confrontée à des acteurs *concurrents*, qui s'érigent en co-gestionnaires de compétences ordinairement réparties entre puissances publiques par les négociations intergouvernementales. L'architecture internationale du sport n'a jamais prétendu se substituer à un ordre interétatique qui ne lui préexistait pas dans ce secteur précis : le caractère associatif (et libre) du Mouvement olympique international est et a d'ailleurs toujours été revendiqué, les institutions semi-publiques sportives telles que l'Agence mondiale anti-dopage (cogérée par le C.I.O. et les États) restant relativement rares ; de même, concernant l'Internet, il ne s'agit pas d'une sorte de domaine public géré traditionnellement par les États, mais d'un réseau transnational en expansion et encore pour l'essentiel aux mains de gestionnaires privés, parmi lesquels la diplomatie intergouvernementale a bien du mal, non pas à garder la main, mais tout simplement à exister. Ces secteurs de droit transnational sont plutôt dans une position d'extranéité vis-à-vis du système interétatique, coexistant sans s'intégrer franchement au droit international (SFDI, *Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014, 498 p.).*

⁴² La conception du droit public tel qu'entendue ici se fonde très classiquement sur une triple assise, certes inspirée du droit interne français : d'abord l'encadrement de la représentation politique et institutionnelle ; ensuite l'exercice de prérogatives de réglementation fondées sur cette autorité institutionnelle (ayant une légitimité collective), et enfin plus largement le service de l'intérêt général. La diplomatie d'entreprise ne se rattache pas à ces pôles d'attraction du droit public : en effet, ceux-ci se matérialisent en droit international autour des attributions souveraines d'une part et, selon l'expression fameuse du Professeur Ch. CHAUMONT, du service public international d'autre part. Les firmes multinationales, les divers prestataires de services aux États tels que les entreprises paramilitaires et de sécurité privée, ne poursuivent pas l'intérêt général mais bien un but lucratif qui leur est propre, tout à fait honorable mais relevant de la sphère privée, comme la *lex mercatoria*, par exemple, que ces entités génèrent. La diplomatie d'entreprise reste, *in fine*, une négociation contractuelle pour obtenir un profit d'ordre pécuniaire, et non une participation à la chose publique et à ses intérêts transcendants.

⁴³ XXV^e Conf. I.C.R., Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 1986, art. 5.

⁴⁴ On ne reviendra pas sur l'action de *lobbying*, ni sur les transactions et pratiques ayant lieu sur le terrain entre les O.I.N.G. humanitaires, type Médecins du Monde, etc. ; que leur action – méritoire – ait été récompensée par un prix Nobel de la paix n'en fait pas des partenaires de la diplomatie intergouvernementale (v. RYFMAN, Ph., « L'action humanitaire non gouvernementale : une diplomatie alternative ? », *Politique étrangère*, 2010/3, pp. 565-578).

⁴⁵ Dans un autre domaine, celui de la *lex sportiva*, ce n'est également pas un hasard si le Comité international olympique et le Tribunal arbitral du sport ont leur siège à Lausanne. Au-delà de la réputation internationale de cette cité, la Suisse, par sa déclaration de neutralité ancienne et sa politique étrangère bien connue que l'on pourrait qualifier d'« action de bienfaisance internationale », a joué un rôle notable dans l'émergence de ces nouveaux partenaires des relations extérieures d'un genre particulier et aux motivations étrangères aux intérêts étatiques.

⁴⁶ Par ex., Accord de siège F.I.C.R. - Suisse, 1996, art. 1^{er} : le Conseil fédéral reconnaît « la personnalité juridique internationale et la capacité juridique en Suisse de la Fédération ».

Certes, son indépendance d'action diplomatique est même assurée au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui a attribué au C.I.C.R. le statut d'Observateur par la résolution 45/6 du 16 octobre 1990⁴⁷ – ce qui le place au même rang par exemple que le Vatican, à la différence qu'il n'a pas été prétendu le rattacher à une fiction étatique ou à l'expression du droit des peuples (comme pour les mouvements de libération nationale, également admis au rang d'observateurs). Il est simplement tenu compte de sa fonction bienfaitrice et de son action voulue et assumée comme impartiale.

b) L'invention de fictions d'utilité publique

Ce statut diplomatique fonctionnel, confirmé par certains privilèges et immunités accordés aux agents du C.I.C.R., est à comparer au même rang d'Observateur accordé à l'Ordre souverain de Malte, émanation du Vatican même si sa souveraineté survit théoriquement après la disparition de son territoire il y a plus de deux siècles⁴⁸. C'est d'ailleurs la garantie de neutralité de ces deux organismes qui leur assure une certaine autorité morale dans l'ensemble de la communauté des États, et qui en font des acteurs dont la « *personnalité juridique fonctionnelle* », s'inspirant *mutatis mutandis* du raisonnement d'un célèbre avis de la C.I.J. en 1949⁴⁹, est établie en reconnaissance de leur utilité. Cela leur permet en droit international d'être de véritables négociateurs, co-auteurs et co-exécutants de la diplomatie humanitaire.

Mais de tels statuts, fondés sur des fictions, sont exceptionnels. Et la diplomatie interétatique garde une forte mainmise sur l'ensemble du processus juridique, comme en témoigne la saisine de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits, apte à enquêter en cas de violation des Conventions : ce droit, pourtant fondamental pour garantir le respect de ces textes dont il est le gardien moral, n'est pas ouvert au C.I.C.R., ni à une autre association humanitaire, mais exclusivement aux États et aux Parties à un conflit – et là encore, ce sont les services de la Confédération helvétique qui ont élaboré le modèle de « déclaration unique » à remplir par les demandeurs pour saisir la Commission⁵⁰.

Cette lacune aboutit à des situations absurdes, où des O.N.G. qui œuvrent au respect du droit international humanitaire, se trouvent dans une situation d'incapacité totale lorsqu'elles sont elles-mêmes victimes de violations du droit de la guerre. Le cas de l'O.N.G. Médecins Sans Frontières, victime du bombardement d'un de ses hôpitaux à Kunduz en Afghanistan, est typique de cette mainmise diplomatique : elle est obligée de solliciter les États de bien vouloir l'aider à obtenir enquête internationale et justice⁵¹. Cette situation replace les O.N.G. dans un lien de dépendance étatique incohérent avec leurs aspirations d'impartialité.

En-dehors donc de ces sujets fictionnels du droit international que sont le C.I.C.R. et l'Ordre de Malte, le statut de co-auteur de normes reste marginal parmi les organisations humanitaires non gouvernementales, étant limité à une élite très restreinte.

2. Diplomatie environnementale et diplomatie des droits de l'homme : agréger sans se mêler

Cette maîtrise du jeu diplomatique par les États s'exprime d'autant plus dans un autre cadre comparable au cas précédent par le foisonnement d'acteurs privés qui s'y trouve : la diplomatie environnementale et la diplomatie des droits de l'homme. Ces deux préoccupations sont d'ailleurs souvent mêlées.

Il faut ici relever une tendance impulsée par les Nations Unies, et particulièrement par l'article 71 de la Charte, qui permet aux organisations non gouvernementales de se voir attribuer un rôle consultatif auprès du Conseil économique et social. Cette dynamique participative, vise à inclure des associations internationales ou nationales considérées comme représentatives de la « société civile », locution ambiguë qui désignerait ce qui n'est pas d'obédience étatique au sein des

⁴⁷ KOENIG, Ch., « Considérations juridiques sur le statut d'observateur du Comité international de la Croix-Rouge auprès des Nations Unies », *R.I.C.R.*, n° 787, fév. 1991 : « Les éléments les plus importants du statut d'observateur résident dans la possibilité d'accès direct à pratiquement tous les organes des Nations Unies, sans qu'il faille recourir au processus consultatif astreignant réservé aux ONG [...], et réservé institutionnellement au Conseil économique et social. L'accès direct à l'Organisation des Nations Unies, la participation aux sessions et l'accès au réseau de communications de l'institution permettent d'exercer une influence beaucoup plus grande sur les processus de décision au sein d'une organisation internationale que le simple statut consultatif, même si le droit de vote proprement dit n'est pas accordé à l'observateur ». A titre de comparaison, l'attribution du statut d'Observateur au Comité international olympique a été plus tardive (19 oct. 2009) et aux dires mêmes du Président J. ROGGE, est essentiellement liée à la contribution que peut apporter le Mouvement olympique à la réalisation des Objectifs du millénaire pour le développement (O.M.D.), ce qui ne recouvre pas toute l'action du C.I.O. < <https://www.olympic.org/fr/news/le-cio-obtient-le-statut-d-observateur-aupres-des-nations-unies> >.

⁴⁸ Étant donc à l'origine une personne de droit public, par ailleurs placée sous le haut patronage du Vatican. On notera que l'Ordre souverain de Malte mène une politique active d'admission à un grand nombre d'organisations internationales comme Observateur, en témoigne son entrée le 26 nov. 2016 dans le Système d'intégration centraméricain (S.I.C.A.) ou dans la Commission de l'Océan indien (C.O.I.) en 2015.

⁴⁹ C.I.J., *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, préc. note .

⁵⁰ Par de nombreux aspects, la diplomatie helvétique assure le prolongement et renforce l'impact des initiatives du C.I.C.R. Cette association interroge d'autant plus sur la reconnaissance de la personnalité juridique du C.I.C.R. : en serait-il de même sans le soutien étatique de la Suisse, qui trouve par-là l'occasion d'accomplir le rôle de facilitateur diplomatique qui est traditionnellement le sien depuis sa déclaration de neutralité perpétuelle ? Ne serait-on pas face à une personne juridique formellement indépendante dans ses choix, matériellement dépendante dans ses besoins, et au final très relativement autonome ? À tout le moins le débat se pose puisqu'il existe bien de ces sortes d'extension désincarnée d'une personnalité souveraine à travers des organismes bienfaisants, comme pour l'Ordre de Malte dont l'influence, hors le soutien effectif du Vatican, pose question. La récente annonce de la démission de l'actuel Grand-Maître de l'Ordre, à la demande du pontife romain, ajoute encore au doute sur la « souveraineté » de l'organisation.

⁵¹ APARAC, J., « L'attaque sur l'hôpital MSF à Kunduz : quelles voies réalistes pour une justice effective ? », *R.D.H.*, Actualités Droits-Libertés, fév. 2016, en ligne.

ordres juridiques internes, en tant que partenaire dans le débat normatif. L'inventivité relationnelle y atteint des sommets, révélant parfois un véritable jeu de dupes : l'O.N.G. recherche cette tribune pour exister sur la scène extérieure, tout en évitant d'être associé de trop près aux États pour garder une apparence d'indépendance devant l'opinion militante qu'elle sert⁵² ; le diplomate, quant à lui, a intérêt à intégrer ces potentiels contestataires au débat, à les lier dans l'exécution des programmes adoptés, tout en prenant bien garde à compartimenter les rôles de chacun. Le consultant n'est pas le décideur. La Conférence de Paris sur le climat l'a encore illustré fin 2015, en maintenant les O.N.G. à l'écart des salles de négociation intergouvernementale.

La diplomatie environnementale est un cas d'école de l'inclusion des O.N.G. dans le processus normatif international, et inversement de l'inclusion des États dans les O.N.G. comme l'U.I.C.N. : c'est un entrisme croisé qui rapproche les acteurs sans bouleverser l'ordre établi (a). En matière de droits de l'homme cependant, des percées plus inventives se découvrent sur le plan régional (b).

a) La nature hybride de l'U.I.C.N., fruit d'un entrisme réciproque

Sans s'attarder sur les grandes conférences internationales qui se tiennent régulièrement sous l'égide des Nations Unies, il faut mentionner que la diplomatie environnementale connaît depuis un demi-siècle un cénacle original de discussion, l'Union internationale pour la conservation de la Nature (U.I.C.N.). Issue de la conférence de Fontainebleau de 1948, cette association internationale, déclarée de droit suisse, accueille parmi ses Membres tant des États et agences publiques (environ 300) que des organismes privés (environ 1 000) : c'est un processus relationnel profondément original, amenant une typologie très variée de « diplomates », au sens large, à se côtoyer au sein de cette O.N.G. qui est étroitement associée à certains accords internationaux⁵³.

Mais cette ouverture reste relative et mesurée, puisque l'inventivité de la diplomatie gouvernementale est parvenue dans ce cadre à maintenir l'indispensable primauté étatique : en effet, les Statuts de l'U.I.C.N. révisés du 10 septembre 1996 distinguent les Membres en plusieurs catégories, les États et les organisations internationales étant en catégorie A, les O.N.G. en catégorie B, et les associations de peuples autochtones en catégorie C. Un bref aperçu rend compte de l'inventivité des rédacteurs pour maintenir le rôle spécial des États dans l'organisation : ainsi, la procédure d'admission se limite à une simple notification de volonté au Directeur général par les États, alors que les autres candidatent devant le Conseil ; dans les décisions prises collectivement, chaque délégation de la diplomatie « classique » dispose de trois voix, les autres catégories ayant un poids moindre ; quant aux élections internes à l'U.I.C.N., il faut mentionner que deux collèges se forment, l'un réservé à la catégorie A (les États), l'autre aux deux catégories B et C combinées, chacune se prononçant séparément sur les candidatures⁵⁴.

Ce vote catégoriel rappelle quelque peu, *mutatis mutandis*, les subtilités du vote par ordre des anciens États généraux, ici en donnant la primauté à la catégorie A (l'ordre intergouvernemental) alors que les catégories B et C, soit plus des 3/4 des Membres, voient leur influence réduite par un vote combiné. La pratique montre que les États ne maîtrisent guère certaines phases de l'action de l'U.I.C.N., telle l'expertise auprès du Comité du patrimoine mondial de l'U.N.E.S.C.O., et la pression intense du lobbying de certains financeurs privés s'avère plus redoutable que l'ombre de l'État⁵⁵. Il n'empêche que l'architecture institutionnelle y est formellement en faveur des États ; et de là à dire que l'inventivité diplomatique vise à la préservation de la société d'ordres qu'est la *communauté internationale organisée*, il n'y a qu'un pas.

En effet, pour maintenir la cohésion d'une société d'ordres, il ne faut point céder le pouvoir aux classes perturbatrices ; il faut néanmoins leur octroyer occasionnellement l'accès aux apparences de ce pouvoir – et donc accepter de reconnaître marginalement les acteurs privés qui pressent les portes des cénacles internationaux pour y représenter ce qu'ils considèrent être leur légitimité d'opinion, sans que cela ne porte réellement atteinte à l'équilibre interétatique.

Voilà une approche quelque peu machiavélique sans doute, mais qui ne fait que traduire le rapport de forces à l'œuvre y compris dans des domaines relevant de l'intérêt général mondial.

b) La transformation des O.I.N.G. en partenaires du système européen

⁵² Pour un éclairage de science politique, v. ORSINI, A., « Les lobbies environnementaux : intérêts d'une approche pluraliste », *CERISCOPE Environnement*, 2014, en ligne.

⁵³ Telle la Convention de Ramsar de 1971 relative à la protection des zones humides.

⁵⁴ Règles de procédure du Congrès mondial de la nature, clause n° 81.

⁵⁵ Le site Internet de l'U.I.C.N. faisant la promotion du statut de « partenaire sponsor » auprès des acteurs privés laisse entendre une capacité d'influence non négligeable pour ces financeurs : « Être parrain offre un puissant attrait en termes de marketing ainsi que des opportunités de partenariat intéressantes pendant la préparation du Congrès, pendant le Congrès et jusqu'au prochain Congrès. [...] Les sponsors auront l'occasion d'interagir avec plus de six mille délégués provenant de 170 nations, ainsi que des chefs de gouvernement, des leaders d'organismes multilatéraux (comme la Banque mondiale, la Commission européenne et la Société financière internationale), d'ONG, des Nations Unies, d'entreprises et du monde universitaire. Le développement de nouvelles relations entre divers secteurs et pays est un élément essentiel du Congrès, avec la mise en place de partenariats publics-privés pour des projets nationaux et multinationaux. Lors du Forum, les délégués sont encouragés à participer au processus d'élaboration de l'ordre du jour mondial sur la conservation ».

de protection des droits de l'homme

Cette approche permet d'appréhender sous un autre jour l'inventivité des Membres du Conseil de l'Europe, qui ont accepté, par la convention *STE* n° 124 de 1986⁵⁶, que les O.I.N.G., ayant des activités dans un État autre que celui d'origine⁵⁷, voient immédiatement et pleinement leur personnalité reconnue par le droit interne de l'État de réception. Ce n'est certes pas une personnalité juridique internationale, mais une personnalité interne transnationalisée qui est reconnue ici. Cela est un progrès concret pour l'activité de ces opérateurs, mais ne leur confère pas de rôle délibérant, diplomatique, au niveau régional.

Mais au-delà, c'est bien le Conseil de l'Europe, ayant la charge des droits de l'homme au niveau régional, qui se révèle des plus constructifs pour l'inclusion des O.I.N.G. dans le processus normatif de négociation internationale. En effet, il reconnaît en son sein une Conférence des O.I.N.G. ; d'abord créée en 1951 comme organe consultatif, et officiellement admise comme participant à l'élaboration des instruments européens de droits de l'homme depuis 2003. Cet essor permet une affirmation notable des O.I.N.G., dont la présence ne relève plus d'une libéralité généreuse, mais est une règle de fonctionnement de droit dérivé. Elle établit même une sorte de « *tétralogie institutionnelle* » au sein du Conseil de l'Europe, selon la Déclaration de Madrid de mai 2009⁵⁸ qui place la Conférence des O.I.N.G. à un rang connexe à celui des instances classiques – intergouvernementales – de négociation⁵⁹.

Cette voie, bien qu'encore fort indéfinie quant à sa portée et son contenu, semble également être celle empruntée par les Nations Unies qui ont admis les « *organisations représentatives de la société civile* » et le « secteur privé » en tant que « *parties prenantes* » à la négociation, entre autres, de la Déclaration finale du Sommet mondial de 2005. Mais, vu la nature du texte (une résolution de l'A.G.N.U.), il faut relativiser cette inventivité relationnelle, qui est vite cantonnée à un débat créateur d'instruments seulement incitatifs, ou d'ordre conceptuel.

B. L'institution de représentations complémentaires aux mécanismes intergouvernementaux classiques

La « *tétralogie* » du Conseil de l'Europe le prouve : le temps n'est plus à la seule représentation gouvernementale des intérêts publics au sein des organisations et agences internationales. L'accroche de la Charte des Nations Unies, « *Nous, les peuples* », annonçait déjà à sa manière la diversification de la représentation populaire au niveau international.

Il s'agit d'une amplification moderne, et générale, d'un phénomène initié dans un domaine particulier à partir des années 1920 : c'est le tripartisme, représentatif et paritaire, qui structure l'Organisation internationale du Travail. L'élaboration des normes du droit international du travail se fait, au sein des trois organes principaux de l'Organisation, par une négociation conjointe entre les représentants des gouvernements, des organisations de travailleurs et des organisations d'employeurs. Procédure inventive de dialogue social international bien connue, il ne paraît pas nécessaire de la développer plus avant ici.

Cette généralisation renouvelle des formules anciennes, telle la « *diplomatie parlementaire* »⁶⁰. Apparue avec le phénomène des conférences intergouvernementales du XIX^e siècle, elle prend aujourd'hui un sens plus proche du droit interne, avec l'affermissement dans les organisations internationales d'institutions représentatives, analogues aux parlements internes (1). De plus, émergent des représentations internationales pour des groupes singuliers (2).

1. Vers une véritable diplomatie parlementaire : la négociation avec des assemblées transnationales élues

Une innovation présente dans les différentes régions du globe est significative en matière d'inventivité relationnelle : c'est la représentation parlementaire au sein des organisations internationales. Celle-ci est de plus en plus répandue (a) et certaines de ses institutions ont un impact mesurable sur la conduite des relations internationales (b).

a) La parlementarisation des organisations internationales, ou l'invention de nouveaux partenaires

⁵⁶ C.E., Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales, 24 avr. 1986, S.T.E., n° 124 ; cette reconnaissance n'est encore une fois motivée, non par la nature des O.I.N.G., mais au regard de leur « *utilité* » pour la communauté internationale.

⁵⁷ C'est-à-dire celui dont le droit national régit les statuts et confère la personnalité juridique interne à l'O.I.N.G.

⁵⁸ C.E., Comité des ministres, Déclaration de Madrid, 12 mai 2009, CM (2009) 50-final, § 9.

⁵⁹ À savoir le Comité des ministres, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, et l'Assemblée parlementaire.

⁶⁰ C.I.J., *Sud-Ouest africain (Éthiopie et Liberia c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, 21 déc. 1962, C.I.J. Rec. 1962, p. 346 : « *Depuis quarante ou cinquante ans, la diplomatie pratiquée au sein des conférences, ou diplomatie parlementaire, s'est fait reconnaître comme l'un des moyens établis de conduire des négociations internationales* ».

La propagation du phénomène parlementaire ne concerne pas que les processus d'intégration régionale⁶¹ ; on citera ainsi l'Assemblée parlementaire de la Francophonie pour l'O.I.F., l'Assemblée parlementaire de l'O.S.C.E., ou encore l'Assemblée parlementaire de l'O.T.A.N., cette dernière ayant l'originalité d'une apparition autonome, dans les années 1960, vis-à-vis de l'Alliance intergouvernementale elle-même créée en 1949.

Au niveau universel même, il existe également une campagne visant à promouvoir l'établissement d'une « *Assemblée parlementaire des Nations Unies* »⁶² : c'est là un des nombreux serpents de mer de la réforme de l'Organisation, un projet d'avenir... et qui a de fortes chances de le rester⁶³.

L'admission d'organes parlementaires dans la conduite des affaires internationales n'est pas évidente au premier abord, et ce même en droit interne, comme le montre actuellement le débat constitutionnel britannique sur les négociations de sortie de l'Union européenne⁶⁴. L'installation au sein d'une organisation internationale d'institutions représentatives, soit directement au moyen de l'élection par les peuples des États membres, soit indirectement par délégation des parlements des mêmes États, suppose une grande adaptation du mécanisme diplomatique classique, et peut transformer durablement les rapports de pouvoir entre les différentes institutions de l'organisation. Cette parlementarisation permet également, au profit de l'opinion publique, d'entendre des voix indépendantes et critiques sur le fonctionnement de ces organismes de coopération ou d'intégration. La publicité des débats induite par les activités de ces parlements est censée amener un regain d'intérêt des populations quant à l'action internationale menée en leur nom.

C'est un truisme que de dire que la représentation parlementaire internationale, même organisée par sections nationales, diffère de la diplomatie traditionnelle, discrète et disciplinée. L'inventivité relationnelle consiste encore une fois, ici, à accorder une place, un rôle tribunicien, aux chambres d'élus, tout en les maintenant sous la dépendance intergouvernementale.

b) L'insertion des parlements internationaux dans les circuits diplomatiques

La plupart des parlements internationaux sont ainsi limités à un rôle consultatif. Deux exceptions notables se dessinent cependant.

D'une part, il faut souligner l'originalité de l'Union interparlementaire, vénérable institution issue de rencontres informelles entre représentants occidentaux à la fin du XIX^e siècle : celle-ci a suscité des émules, d'autres entités interparlementaires régionales, telle l'Assemblée parlementaire de la Méditerranée depuis 2005. Les deux entités ont rang d'Observateurs près les Nations Unies : elles sont indépendantes des gouvernements, même si leur pouvoir de décision se limite à des recommandations et exhortations de rapprochement mutuels.

D'autre part, du point de vue du pouvoir d'influence, le Parlement européen se détache réellement des autres par ses prérogatives qui en font un partenaire incontournable du Conseil et de la Commission. L'originalité de l'Union européenne a donc été, ici, de faire cohabiter un organe diplomatique très classique, le Conseil, avec une entité dont les mécanismes de fonctionnement sont largement inspirés du droit interne⁶⁵, et qui entend représenter les peuples européens de façon transnationale⁶⁶. De cet hybride *sui generis* naît une diplomatie interne de tractations entre différentes légitimités au sein même de l'organisation, ceci étant amplifié par l'imbrication complexe de ces organes pour créer le droit européen.

2. De quelques modalités des relations extérieures de collectivités particulières

D'autres processus d'inventivité relationnelle sont en cours et constituent des situations assez inédites : ils concernent la représentation et la participation spécifique à certaines populations dont le caractère est particulier⁶⁷. Il s'agit ici d'aborder le statut des peuples autochtones en droit international (a), ainsi qu'une innovation récente en droit français pour l'Outre-mer (b).

⁶¹ Le Conseil de l'Europe compte une Assemblée parlementaire ; l'Union européenne a le Parlement européen ; l'Union africaine a mis en place un Parlement panafricain à Midrand ; on compte également le Parlement du MERCOSUR, le Parlement andin pour la C.A.N. ; l'UNASUR doit établir à terme, selon son traité constitutif, un Parlement sud-américain à Cochachamba.

⁶² Dans la foulée de l'appel de Sir E. BEVIN qui imaginait la création d'une « *Chambre mondiale des peuples* ».

⁶³ Tous les États membres des Nations Unies n'adhèrent pas à la démarche parlementaire telle que classiquement entendue dans les régimes occidentaux ; certains rejettent la notion de représentation avec des pouvoirs effectifs de décision, voire ne sont pas démocratiques. V. à ce sujet l'intéressant rapport de Mme DE ZULUETA, T., *La dimension parlementaire des Nations Unies*, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc. 10771, 21 déc. 2005.

⁶⁴ John LOCKE, dans sa théorie de la répartition des pouvoirs, réservait le pouvoir « *fédératif* » (soit la conduite des relations internationales et la diplomatie) à la compétence royale. La position du Gouvernement mené par Mme Th. MAY relève de cette logique, puisqu'elle déniait au Parlement le droit de contrôler le déroulement des négociations internationales, s'agissant selon elle d'un reliquat de prérogative royale. La Cour suprême du Royaume-Uni a cependant tranché en faveur du contraire, dans sa décision du 24 janv. 2017 *Miller, Dos Santos and others v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5.

⁶⁵ On citera l'investiture de la Commission, la motion de censure, l'usage des termes de « processus législatif », etc.

⁶⁶ Comme le montre l'affiliation des députés par mouvements idéologiques communs, et non par sections nationales.

⁶⁷ Il ne sera pas traité ici des différents congrès et institutions représentatives des régions, provinces, etc., en usage dans certaines institutions internationales. Celles-ci sont bien connues et n'appellent pas d'observations particulières en matière d'inventivité relationnelle, leur rôle étant consultatif et bien établi.

a) À la recherche d'un statut pour les peuples autochtones dans les relations internationales

La problématique des droits des peuples autochtones et *in fine* de la reconnaissance statutaire qu'elle suppose est un chantier normatif conséquent de l'Organisation des Nations Unies, de l'Union africaine et de l'Organisation des États américains, qui ont chacune des groupes et organismes de travail sur ce thème. Elles ont toutes trois déjà établi des textes innovants, telle la Déclaration de 2007, du point de vue matériel.

Du point de vue relationnel, des efforts ont été faits, au-delà de la création de droits à faire valoir dans l'ordre interne, pour permettre la participation et la prise en compte du point de vue des peuples autochtones dans la rédaction internationale des documents les concernant, et dans la mise en place des institutions et mécanismes de suivi afférents. Le cas du Conseil de l'Arctique, reconnaissant aux organisations représentatives des peuples autochtones du Septentrion le statut de « *Participants permanents* » aux travaux des États membres, constitue une exception tout à fait remarquable.

De façon plus générale, au niveau de l'O.N.U. est apparue récemment (an 2000) l'Instance permanente sur les questions autochtones, organe subsidiaire du Conseil économique et social, dont les seize experts sont nommés en deux collèges : huit sont élus par les gouvernements, huit autres sont nommés par le Président du Conseil économique et social après consultation des gouvernements et des organisations autochtones accréditées auprès de l'O.N.U. ; en pratique, sa composition est autochtone. Le Conseil des droits de l'homme s'est également adjoint en 2007 un organe subsidiaire dédié à cette thématique, le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones⁶⁸, dont les cinq membres doivent accueillir prioritairement des candidatures autochtones, selon la procédure décidée par le Conseil des droits de l'homme⁶⁹. Si ces éléments ont permis de réaliser ce que prévoyait le Programme d'action de Vienne de 1993⁷⁰, l'Assemblée générale des Nations Unies est allée plus loin à l'occasion de la Conférence mondiale sur les peuples autochtones en septembre 2014, en s'engageant à « *faire des propositions précises propres à permettre la participation des représentants et institutions des peuples autochtones [...] aux travaux des Nations Unies les intéressant* ».

Cette participation, pour ces peuples jusque-là exclus de la sphère internationale s'est concrétisée lors des deux dernières sessions de l'Assemblée générale, et, au niveau régional, avec l'adoption de la Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones en juillet 2016, négociée entre les États membres, l'organisation régionale et les organismes représentatifs des autochtones : un tripartisme d'un nouveau genre. Ce processus est bien distinct de celui des consultations des O.N.G. ou de la société civile, puisque ces collectivités sont bien reconnues comme des peuples, selon la terminologie de la Cour suprême des États-Unis concernant les Amérindiens, des « *nations intérieures dépendantes* »⁷¹.

C'est justice pour ces peuples, qui ont longtemps été les exclus du droit international, comme l'exprime la vieille *Sentence arbitrale relative aux Indiens Cayugas* de 1926⁷², et même, ses victimes. Le droit relatif à leurs relations extérieures est encore largement à construire.

b) Des diplomates dans la fonction publique territoriale : le cas de l'Outre-mer français

Le droit interne fait aussi preuve d'inventivité pour associer certaines personnes publiques aux relations internationales : en témoigne une récente législation française, la loi du 5 décembre 2016 sur la diplomatie territoriale ultra-marine. Si l'admission de la France au sein d'organisations de coopération régionale au titre spécifique de tel ou tel de ses territoires ultramarins est une pratique établie, comme c'est le cas pour la Commission de l'Océan Indien⁷³, l'émergence d'une diplomatie régionale propre aux collectivités d'Outre-mer françaises, non par le truchement de l'État, mais directement par leurs autorités décentralisées, est une innovation notable.

Les assemblées et les exécutifs ultramarins pourront désormais bâtir un programme de coopération – bilatérale ou plurilatérale – avec les États voisins et les organisations régionales⁷⁴, soumis à l'acceptation de l'État central ; les collectivités locales pourront soumettre des propositions d'accords à conclure aux autorités de la République, de même que ces dernières pourront déléguer pouvoir de négociation et de signature à ces exécutifs locaux. C'est peut-être le début d'une

⁶⁸ Conseil des droits de l'homme, A/HRC/6/36, 14 déc. 2007.

⁶⁹ Conseil des droits de l'homme, résolution 5/1, A/HRC/5/1, 18 juin 2007, annexe, §§ 39-53.

⁷⁰ Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Déclaration et Programme d'action de Vienne, 1993, §§ 31-32 : « *La Conférence mondiale demande instamment aux États d'assurer la libre et pleine participation des populations autochtones à la vie de la société sous tous ses aspects, s'agissant des questions qui les concernent. [...] Il faudrait envisager de créer dans le système des Nations Unies un forum permanent des populations autochtones* ».

⁷¹ « *Domestic dependant nations* », in U.S.A., C.S., *Cherokee v. Georgia*, 1831.

⁷² *Affaire des Indiens Cayugas (Grande-Bretagne c. Royaume-Uni)*, 1926, R.S.A., vol. VI, p. 173.

⁷³ L'Accord de Victoria de 1986 et son protocole permettant l'admission de la France à la C.O.I. précise bien que cette admission se fait au titre du département d'Outre-mer de La Réunion, et que les programmes de coopération ne concernent que ce territoire, par le truchement des autorités étatiques françaises.

⁷⁴ Le phénomène des contrats directement passés entre administrations relevant de différents États a déjà fait l'objet de thèses connues (AUDIT, M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, L.G.D.J., 2002, 423 p.) ; ici, il s'agit de la « transformation » d'agents de la Territoriale en diplomates, aptes à négocier des accords internationaux avec d'autres gouvernements : la dynamique passe au stade supérieur pour l'Outre-Mer.

« *paradiplomatie identitaire* »⁷⁵ à la française, compte tenu des spécificités de l’Outre-mer, voire un prélude à une fédéralisation qui ne dit pas son nom.

Certaines collectivités au statut unique en leur genre, comme la Nouvelle-Calédonie ou la Polynésie française⁷⁶, jouissent déjà du droit de mener une action extérieure régionale et d’ouvrir des représentations⁷⁷ dans les pays voisins. Mais cette généralisation à tout l’Outre-mer est notable. Il est remarquable que soit étendue l’application de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires à des agents de la fonction publique territoriale, selon l’article 26 de la loi du 16 décembre 2016 : « *Les agents [...] chargés de représenter leur collectivité au sein des missions diplomatiques de la France peuvent être présentés aux autorités de l’État accréditaire aux fins d’obtention des privilèges et immunités reconnus par la Convention de Vienne [...] de 1961.* »

Ces représentations complémentaires à la diplomatie intergouvernementale dans les relations extérieures procèdent peut-être d’un mouvement plus ample qu’une part de la doctrine qualifiée d’« humanisation » du droit international public⁷⁸. Il est en tout cas loisible de constater que le droit international connaît des expressions renouvelées d’inventivité pour associer la raison d’État – la diplomatie classique – et les intérêts subjectifs de collectivités – des légitimités complémentaires –, selon ce qui est utile à la pertinence et au renforcement du droit des gens. En peu de mots, si la diplomatie intergouvernementale n’est plus seule, elle parvient à maintenir les autres acteurs « politiques » dans un lien de subordination.

Le renforcement du droit international est par ailleurs marqué, ces dernières décennies, par une juridictionnalisation conséquente des rapports intergouvernementaux. En effet, même si le recours à la juridiction n’est qu’occasionnellement obligatoire, la présence du juge s’est affirmée de telle façon que son influence se ressent dans la tenue même des négociations diplomatiques (II). Dès lors c’est une interaction inventive, alternant attirance et répulsion, qui s’opère dans une dynamique triphasée autour des engagements contractés par les États :

- l’agent diplomatique prépare et circonscrit *a priori* sa rencontre avec le juge⁷⁹ ;
- il se justifie devant lui pendant la procédure ;
- et il paraît maîtriser la suite à donner aux éventuelles décisions judiciaires, ce dans une grande liberté puisque les voies d’exécution sont liées à un règlement politique entre les Parties, postérieur à la phase judiciaire⁸⁰.

II. L’INVENTIVITE DIPLOMATIQUE FACE AUX PHENOMENES DE JURIDICTIONNALISATION DES RELATIONS INTERNATIONALES

Il se distingue selon que le diplomate et le juge agissent de concert, et ce au bénéfice du développement objectif du droit international (A), l’inventivité dans la négociation étant ici partagée entre les acteurs ; ou selon que le juge et le diplomate s’affrontent, le second essayant d’éviter l’attraction du premier (B).

A. Le juge en soutien de la diplomatie : de la consultation impartiale au quasi-négociateur

« *Le règlement judiciaire des conflits internationaux [...] n’est qu’un succédané au règlement direct et amiable de ce conflit entre les Parties ; [...] dès lors, il appartient à la Cour de faciliter [...] pareil règlement direct et amiable* »⁸¹. Cet énoncé fameux de la Cour permanente de Justice internationale désigne la fonction judiciaire, distincte des fonctions politiques⁸², comme un substitut moins enviable à la négociation entre les Parties, et qui doit si possible lui céder le pas. C’est un trait saillant de l’esprit contractuel du droit international.

⁷⁵ L’expression a été utilisée au sujet de régions à forte personnalité en contexte métropolitain ; elle paraît transposable à l’Outre-Mer : v. PAQUIN, S., « La paradiplomatie identitaire : le Québec, la Catalogne et la Flandre en relations internationales », *Politiques et Sociétés*, vol. 23, nn° 2–3, pp. 203-237.

⁷⁶ Dans le contexte fragile du Pacifique (éloignement aux antipodes de la métropole, faiblesse numérique des populations, pressions de « décolonisation » par les États voisins, intérêt grandissant des puissances émergentes pour la région), l’habileté diplomatique française y trouve de nouveaux espaces où exercer son inventivité juridique : v. LECHERVY, Ch., « L’intégration régionale de la France dans le Pacifique océanien, une diplomatie multimodale », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 140, janv.-juin 2015, pp. 105-121.

⁷⁷ Sans attribution consulaire, cette prérogative régaliennne restant aux autorités de la République.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE A., « L’humanisation du droit international : la personne humaine en tant que sujet du droit des gens », n° 65, 2014, *Rev. Fac. Direito UFMG*, pp. 25-66.

⁷⁹ C.P.J.I., *Usine de Chorzow*, arrêt, série A, n° 9, p. 32 : « *La juridiction de la Cour est toujours une juridiction limitée, n’existant que dans la mesure où les États l’ont admise* » ; C.P.J.I., *Écoles minoritaires en Haute Silésie*, arrêt, série A, n° 15, pp. 22-23 : « *La juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties* » ; C.I.J., *Interprétation des traités de paix de 1947 conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, avis consultatif, C.I.J. Rec. 1950, p. 71 : « *Le consentement des États parties à une différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse* » ; C.I.J., *Ambatielos*, arrêt, C.I.J. Rec. 1953, p. 19 : « *La souveraineté implique le droit de refuser d’être attiré devant un tiers* ».

⁸⁰ WECKEL, Ph., « Les suites des décisions de la Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1996, p. 428 ; les systèmes régionaux prévoient cependant fréquemment un suivi de l’exécution des décisions judiciaires par une instance de l’organisation, comme le Comité des ministres du Conseil de l’Europe, pour les arrêts de la C.E.D.H.

⁸¹ C.P.J.I., *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (France c. Suisse)*, arrêt, n° 22, p. 13.

⁸² C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d’Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Rec. 1984, pp. 434-435 : « *Le Conseil a des attributions politiques ; la Cour exerce des fonctions purement judiciaires. Les deux organes peuvent donc s’acquitter de leurs fonctions distinctes mais complémentaires à propos des mêmes événements* ».

Dès lors le juge international paraît moins être le gardien supérieur d'un hypothétique ordre public qu'il imposerait, et se rattache plus à une antique fonction arbitrale, une médiation active qu'il doit garder à l'esprit pendant son office juridictionnel. N. POLITIS n'hésitait ainsi pas à arguer devant la C.P.J.I. qu'« *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »⁸³. Le juge international, même du haut de son prétoire, peut faciliter le travail des diplomates (1), faisant preuve d'inventivité pour orienter les négociations, qui peuvent parfois le concerner directement (2).

1. Le juge international comme facilitateur de la négociation diplomatique

L'activité juridictionnelle internationale, en particulier telle qu'elle est menée par la C.I.J., favorise au contentieux le maintien d'une alternative toujours ouverte à la condamnation, au profit d'un compromis (a). Particulièrement visible dans l'activité consultative, cette fonction d'orientation pour les négociations à venir amène la Cour à qualifier ses décisions d'œuvre de diplomatie préventive (b).

a) L'esprit de composition dans la compétence contentieuse de la C.I.J.

Dans la phase contentieuse, au cœur même du procès, le juge de La Haye accepte classiquement de mettre fin à la procédure en rayant l'affaire du rôle dès que les Parties lui font connaître leur volonté de compromettre, selon l'article 88 du Règlement de la C.I.J. ; la Cour peut même homologuer cet accord (art. 88 § 2). Mais la sollicitude du juge va plus loin pour soutenir les négociations en tant que règlement politique. D'une part, le juge est toujours prêt à suspendre ou à modérer son office judiciaire⁸⁴ si les circonstances lui permettent d'encourager l'accord amiable entre les Parties, comme dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*⁸⁵. D'autre part, le juge ne se refuse pas à maintenir ouverte la voie judiciaire alors que les Parties passent dans la voie des négociations directes⁸⁶, sans doute car le maintien de la première permet de hâter la résolution de la seconde.

Cela amène parfois le juge à procéder ultérieurement à l'« *habillage judiciaire* » de l'accord politique, comme c'est le cas dans les mesures conservatoires adoptées par la Cour dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*⁸⁷. Même lorsque la Cour se prononce au fond, elle reste également un relais diplomatique, pour paraphraser le Juge M. LACHS, et le texte du compromis de saisine de la C.I.J. dans l'affaire du *Plateau continental* entre Malte et la Libye⁸⁸ le montre encore :

« Une fois que la Cour internationale de Justice aura rendu son arrêt, le Gouvernement de la République de Malte et le Gouvernement de la République arabe libyenne entameront des négociations en vue de déterminer les zones respectives de leur plateau continental et de conclure un accord à cette fin conformément à l'arrêt de la Cour »⁸⁹.

On est donc très loin d'un esprit de « condamnation », mais plutôt dans celui d'une consultation d'un tiers impartial qui va orienter les pourparlers ultérieurs : c'est une conception tout à fait inventive de la fonction juridictionnelle, typique du droit international⁹⁰. Cette capacité à favoriser alternativement, ou parallèlement, l'exercice de la justice et le déroulement des négociations est une prérogative curiale conséquente. Casuistique et peu motivée, son application paraît de pure opportunité⁹¹ et permet la libre inventivité du juge dans la solution du litige.

Encore très récemment, dans l'ordonnance relative à l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)* du 19 avril 2017, la Cour internationale de Justice a montré sa volonté, au-delà du cadre

⁸³ Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Grèce c. Royaume-Uni, arrêt, 1924) : v. C.P.J.I., *Affaire Mavrommatis. Discours prononcés et documents lus devant la Cour*, série C, n° 5-1, p. 52.

⁸⁴ Comme dans l'affaire des *Prisonniers de guerre pakistanais*, où la mise en état du dossier a été particulièrement longue et les audiences repoussées, permettant finalement la conclusion de l'accord de New Delhi de 1973.

⁸⁵ C.I.J., *Passage par le Grand-Belt*, (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance, 29 juill. 1991, C.I.J. Rec. 1991, p. 20, § 35 : « En attendant une décision de la Cour sur le fond, toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue ».

⁸⁶ Le Professeur PELLET l'a affirmé lors de sa plaidoirie pour le Cameroun dans l'affaire du *Différend terrestre et maritime (Cameroun c. Nigeria)* : « Le principe « *electa una via* » n'existe pas en droit international, les différents modes de règlement pacifique des différends ne s'excluent pas, ils se renforcent » (C.I.J., exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Rec. 1998, CR 96/4, p. 48).

⁸⁷ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (R.D.C. c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance, 1^{er} juill. 2000, C.I.J. Rec. 2000, p. 127 : la Cour prend note de l'accord de Lusaka intervenu entre les Parties et repris par la résolution 1304 (2000) du Conseil de sécurité (§ 37), et les mesures conservatoires qu'elle dicte ici se bornent à engager les Parties à appliquer ces textes.

⁸⁸ C.I.J., *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne / Malte)*, arrêt, 3 juin 1985, C.I.J. Rec. 1985, p. 13.

⁸⁹ Compromis du 23 mai 1976, art. 3 ; *ibid.*, pp. 9-10.

⁹⁰ La remarque pourrait être faite qu'est de plus en plus encouragée, au sein des juridictions administratives françaises, la pratique des modes alternatifs de règlement des différends, inscrite dans le *Code de justice administrative* et dans le *Code des relations entre le public et l'administration*. La loi de modernisation de la justice du 18 nov. 2016 a confirmé cette tendance. Il est à noter que cependant, ces procédures restent vues comme des alternatives extérieures à la fonction juridictionnelle, et sont encore numériquement des exceptions : l'office judiciaire international confond en principe ces fonctions, sans séparation franche entre elles.

⁹¹ Ainsi, comme l'indique le Professeur PELLET (« *Le glaive et la balance – Remarques sur le rôle de la Cour internationale de Justice en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales* », in PELLET, A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, 2014, p. 327), si la Cour a refusé de se dessaisir au stade des mesures provisoires au regard des négociations en cours entre les Parties dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso / République du Mali)*, dans son arrêt au fond (22 déc. 1986, C.I.J. Rec. 1986, p. 554 et s.) elle les a complètement ignorées alors qu'elles étaient de nouveau mentionnées par l'une des Parties dans la procédure. Cette omission révèle que la primeur accordée en pratique à la négociation est devenue très relative, voire contingente, par rapport à l'action juridictionnelle une fois celle-ci enclenchée.

restreint de sa fonction juridictionnelle dans le domaine des mesures conservatoires, d'engager vivement les Parties à résoudre par la négociation leur différend qui s'inscrit dans un cadre plus vaste que les fragments justiciables qui ont été soumis à son prétoire. Dans une exhortation mise en exergue et concluant solennellement ses motifs, « *s'agissant de la situation en Ukraine orientale, la Cour rappelle aux Parties que, dans sa résolution 2202 (2015), le Conseil de sécurité a approuvé l'« ensemble de mesures en vue de l'application des accords de Minsk [...]». La Cour attend des Parties qu'elles s'emploient à mettre pleinement en œuvre, tant individuellement que conjointement, cet « ensemble de mesures » afin de parvenir à un règlement pacifique du conflit dont l'est de l'Ukraine est le théâtre* »⁹².

Ainsi, le juge, tout en restant mesuré dans ses propos, n'hésite pas à sortir d'un cadre procédural et limité, que le règlement judiciaire lui impose, pour aborder la solution générale (et politique) en se fondant sur le droit. Un droit qui par ailleurs consiste ici en un « *ensemble de mesures* » de circonstance, c'est-à-dire des règles *ad hoc*, spéciales, souples et temporaires visant une résolution politique du problème, et non pas la création ou l'affermissement pérenne de principes juridiques d'ordre général⁹³.

b) La fonction diplomatique de la compétence consultative de la C.I.J.

Il faut évoquer dans ce contexte l'utilité de la procédure consultative, comme moyen de régulation des négociations. Certes, le juge de La Haye ne saurait se départir de sa fonction judiciaire, et la procédure consultative n'a pas pour objet d'aboutir concrètement à trancher un litige interétatique qui ne lui a pas été soumis au contentieux. Néanmoins, force est de reconnaître que dans certains cas le consultatif est un substitut de contentieux, comme dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, où l'avis consultatif de 1971 renvoie en écho les arguments de fond soulevés par le Liberia et l'Éthiopie dans les arrêts de 1962 et 1966. La distinction entre les questions juridiques – forcément problématiques – et les différends soumis au contentieux, hormis le fait qu'il n'y a pas de Parties litigantes formellement identifiées, relève parfois d'un exercice subtil qui confine à la sophistique.

En effet, pour reprendre une formulation heureuse de la Cour, « *une règle du droit international, coutumier ou conventionnel, ne s'applique pas dans le vide ; elle s'applique par rapport à des faits et dans le cadre d'un ensemble plus large de règles juridiques dont elle n'est qu'une partie* »⁹⁴. L'avis consultatif ne tranche pas un litige, mais il est souvent amené à traiter de questions conflictuelles. Les États justiciables emploient ici leur inventivité à amener, malgré tout, le juge sur des terrains qui ne devraient pas lui être accessibles.

Les avis consultatifs de la Cour ne sont pas des décisions obligatoires pour les États concernés par les questions juridiques qu'ils traitent. La validation (ou pas) des arguments avancés dans la procédure consultative peut néanmoins déterminer la résolution d'un litige connexe. C'est dans cette optique que l'Île Maurice est parvenue à obtenir un vote de l'Assemblée générale pour saisir la C.I.J. d'une demande d'avis consultatif relative à la mainmise du Royaume-Uni sur l'archipel des Chagos⁹⁵. La négociation bilatérale étant au point mort, et la saisine contentieuse de la C.I.J. impossible entre États membres du Commonwealth⁹⁶, l'intervention du juge par la voie consultative est le moyen pour ce dernier de jouer à distance un rôle directeur dans les négociations politiques, en fonction de ce qu'il va déterminer comme étant le droit.

La Cour assume cette fonction : elle déclare faire œuvre de « *diplomatie préventive* ». Elle dépasse ainsi la conception aride d'une justice limitée à la sanction⁹⁷. Pour reprendre la déclaration du Président SCHWEBEL devant l'Assemblée générale des Nations Unies en 1997 :

« Ceci donne une nouvelle direction à la Cour. Cette dernière ne devrait pas être regardée comme une sorte de "dernier recours" judiciaire, bien qu'elle soit cela, mais aussi comme un "partenaire dans la diplomatie préventive", qui est un élément vital des mécanismes déployés par les États qui s'efforcent de résoudre les différends. La Cour se félicite que cette fonction continue de se développer, car elle fait partie du tissu des négociations diplomatiques au moyen desquels les membres de la communauté des nations ont une action réciproque pour faire progresser les principes de la Charte et du droit international. C'est pourquoi il est important, dans toute évaluation de l'œuvre de la Cour, de tenir compte non seulement des affaires qui ont fait l'objet d'arrêts qu'elle a prononcés, non seulement

⁹² C.I.J., *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures provisoires, ordonnance, p. 34, § 104.

⁹³ Ces normes de circonstance, au vu du caractère contraignant des mesures prises par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte, se voient même dans certains cas d'espèce reconnaître une primauté sur les engagements et conventions internationaux classiques et pérennes, au titre de l'article 103 de la Charte puisque « *conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international* » (C.I.J., *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance, 14 avr. 1992, C.I.J. Rec. 1992, p. 126, § 42).

⁹⁴ C.I.J., *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'O.M.S. et l'Égypte*, avis consultatif, 20 déc. 1980, C.I.J. Rec. 1980, § 10.

⁹⁵ République de Maurice, *Demande d'inscription d'une question à l'ordre du jour provisoire de la soixante-et-onzième session – Demande d'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, 24 juill. 2016, A/71/142.

⁹⁶ Il s'agit d'une des exceptions mentionnées dans la déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la C.I.J. formulée par le Royaume-Uni.

⁹⁷ Il ne s'agirait pas, pour reprendre les critiques perspicaces du Juge KOROMA dans son *Opinion dissidente* jointe à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* (C.I.J., arrêt, 10 oct. 2002, C.I.J. Rec. 2002, p. 474), d'oublier que le juge est un juge, et qu'il n'est pas un négociateur politique. Il doit avant toute chose rester dans sa fonction judiciaire, qui est de dire le droit dans la logique des sources assignées à sa mission (art. 38 du Statut de la C.I.J.). Mais certaines solutions sont plus réalisables que d'autres : il peut donc proposer des alternatives juridiques et encourager les États dans la voie du règlement du différend.

de différends qui ont été réglés parce qu'un recours était envisagé devant la Cour, mais aussi de ces affaires qui, à un certain stade de la procédure, ont atteint une maturité qui leur a permis d'aboutir à un règlement négocié »⁹⁸.

C'est ainsi qu'en 2004, la Cour a jugé de son devoir d'appeler, en conclusion de son avis relatif aux *Conséquences juridiques de l'édification d'un Mur dans le territoire palestinien occupé*, à une relance des négociations :

*« [E]n vue d'aboutir le plus tôt possible, sur la base du droit international, à une solution négociée des problèmes pendants et à la constitution d'un État palestinien vivant côte à côte avec Israël et ses autres voisins, et d'assurer à chacun dans la région paix et sécurité »*⁹⁹.

2. Le juge international comme quasi-négociateur

L'institution judiciaire est aussi interrogée directement par les diplomates, pour que son avis soit entendu sur les réformes du système normatif dont elle est gardienne. Ce phénomène prend une tournure remarquable lorsqu'il sort du ponctuel pour évoluer vers un cycle d'échanges de commentaires, de réponses et de contre-propositions. Le juge international devient alors, au motif de son expertise juridique, un *quasi-négociateur* capable d'orienter les débats dans la direction qui lui paraît la plus conforme au renforcement de son système normatif ; à sa cohérence ; et, aussi, au maintien de sa magistrature. Des exemples de ce processus inventif où le juge devient un partenaire du diplomate se distinguent au niveau régional, en Europe (a). Au-delà, les organes de contrôle des traités multilatéraux s'arrogent parfois le pouvoir de contrôler la validité des réserves et déclarations interprétatives, ce qui constitue un autre moyen pour le juge de s'immiscer dans la négociation diplomatique (b).

a) L'intégration des juges européens à la négociation diplomatique

Le premier exemple du juge quasi-négociateur se trouve au sein du Conseil de l'Europe, lors de la Conférence d'Interlaken en 2010. Il est classique qu'il ait été demandé à la Cour, première concernée, de donner un avis juridique sur un avant-projet de protocole additionnel à la Convention de 1950 ; il est par contre assez innovant, d'un point de vue intergouvernemental, d'accueillir une délégation des juges de la Cour, menée par son Président, pour que celle-ci participe directement aux discussions de la Conférence diplomatique. De même, la Cour a enclenché un véritable dialogue avec la commission délibérative, rédigeant des *« Réponses »* à ses propositions sur les projets de protocoles n° 15 et 16 à la Convention E.D.H.

Et au-delà de la participation en tant qu'expert de son système, le juge se voit dès lors impliqué dans la négociation, comme le dénote le vocabulaire employé : *« la Cour voudrait »*, *« la Cour se félicite de cette modification »*, *« la Cour aurait préféré un texte plus élaboré »*¹⁰⁰, ou encore *« la Cour remercie de nouveau le Comité d'avoir élaboré un projet final qui est en grande partie en accord avec ses propres réflexions sur la question »*¹⁰¹. Ce n'est plus une juridiction passive n'émettant des avis que sur les questions à elle posées par les diplomates, mais un corps actif émettant de son propre chef un document-cadre de réflexion, dont la Cour précise par ailleurs qu'il ne l'engage pas dans les discussions¹⁰² : avec un tel langage, force est de reconnaître que le juge européen des droits de l'homme s'initie vite à l'art de la négociation.

C'est toujours vis-à-vis de la Convention E.D.H., mais cette fois-ci du point de vue de l'Union européenne, que se trouve un autre exemple du juge international se plaçant dans la position inédite de sanctionner des négociations. En effet, la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention E.D.H. – et donc, *in fine*, de soumettre l'ordre juridique de l'Union au contrôle ultime de la Cour de Strasbourg, est en projet depuis plusieurs décennies¹⁰³.

À ce sujet, la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont spontanément « balisé » le chemin de la négociation diplomatique à venir en définissant l'équilibre à assurer entre les deux juridictions pour que le principe de subsidiarité soit respecté. La Déclaration commune des Présidents COSTA et SKOURIS du 24 janvier 2011 se conclut d'ailleurs par l'annonce d'un forum judiciaire parallèle à la diplomatie intergouvernementale :

*« Les deux Cours estiment qu'il est utile de faire connaître leurs réflexions dans le cadre des négociations sur l'adhésion en cours entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Elles sont décidées à poursuivre leur dialogue sur ces questions qui revêtent une importance considérable »*¹⁰⁴.

⁹⁸ Service de presse des Nations Unies, « L'Assemblée générale examine le rapport de la Cour internationale de Justice », 27 oct. 1997, AG/706, pp. 3-4.

⁹⁹ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, 2004, C.I.J. Rec. 2004, § 162.

¹⁰⁰ C.E.D.H., *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme*, 6 fév. 2013, §§ 3, 4, 5 & 8.

¹⁰¹ C.E.D.H., *Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'application de la Convention*, 6 mai 2013, § 15.

¹⁰² C.E.D.H., *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, 2013, note n° 1 : « Le présent texte est un document de réflexion qui n'est pas censé lier la Cour dans les discussions futures. La Cour se réserve le droit de poursuivre sa réflexion sur divers points s'y trouvant exposés et de soumettre ses observations ».

¹⁰³ L'intégralité des États membres de l'Union européenne étant également Parties à la Convention E.D.H., leur droit national étant tenu par les règles fondamentales contenues dans cette convention, il serait somme toute logique que l'Union émanant d'eux, en tant que source de plus en plus importante du droit applicable dans ces États, soit également liée par ce pan essentiel du droit du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁴ C.E.D.H. - C.J.U.E., *Déclaration commune des Présidents COSTA et SKOURIS*, 24 janv. 2011, § 3.

Les négociateurs du traité ont suivi ces « réflexions-conditions », et la Cour de Justice de l'Union européenne a continué de manifester son intérêt pour ces débats. Aussi, grande a été la surprise, voire la déception¹⁰⁵, pour les commentateurs lorsque la Cour de Justice a rejeté le projet d'adhésion dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014. Cet avis, certes motivé juridiquement, peut être lu dans une perspective de quasi-négociateur. Les arguments développés par le juge de l'Union sont centrés sur deux refus :

- le refus net d'une subordination du droit de l'Union, autonome et *sui generis*, à l'ordre interétatique du droit du Conseil de l'Europe, car « rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution »¹⁰⁶ ;
- le refus affirmé d'un contrôle, même tenu, de l'action de la Cour de Luxembourg par la Cour de Strasbourg ; or le projet « reviendrait à attribuer la compétence [à la Cour E.D.H.] pour interpréter la jurisprudence de la Cour [de Justice] »¹⁰⁷.

De tels arguments relèvent plus d'une appréciation de politique générale, voire de la théorie politique de l'institution communautaire – considérations fondées sur le postulat de son originalité profonde parmi les constructions internationales –, plutôt que de l'argumentation judiciaire précise et casuistique qui est attendue d'une juridiction. Elle retranscrit cependant la politique judiciaire de la Cour de Justice, en tant qu'institution partie à un cercle régional de relations internationales.

Le droit interne a longtemps été hanté par le spectre du « gouvernement des juges », largement fantasmé, mais qui a trouvé un écho en droit constitutionnel à travers un juge « quasi-législateur » par les effets de son contrôle extensif sur les lois¹⁰⁸ ; il s'observe désormais dans certaines régions du monde les prémices d'une « diplomatie des juges ».

b) La remise en question des réserves aux traités par les juridictions et organes de contrôle

De façon plus générale, cette immixtion du juge dans l'élaboration des traités, phase diplomatique par excellence, se décèle dans des procédés *a posteriori*. Certaines juridictions, européennes notamment¹⁰⁹, mais aussi des comités d'experts onusiens¹¹⁰, estiment de leur compétence de juger de la valeur des réserves émises par les États aux traités objet de leur contrôle. De surcroît la Commission du droit international, dans ses *Conclusions sur le dialogue réservataire* annexées au Guide de la pratique sur les réserves aux traités (2011)¹¹¹, a également appelé à un échange de points de vues périodique et transparent entre « les États et organisations internationales, ainsi que les organes de contrôle » pour mettre à plat les réserves jugées problématiques et envisager leur retrait total ou partiel, ou leur reformulation. Même s'il s'agit d'une procédure « par ricochet », c'est là manifester la volonté d'intégrer l'organe (quasi-)juridictionnel à la négociation entre les Parties aux traités.

B. Le diplomate contre le juge : résistances et soustractions à l'examen de la Balance

Les Puissances souveraines marquent leur indépendance en décidant de l'étendue de l'office du juge international : le consentement à la juridiction est ainsi un exercice de rédaction classique, subtil, confinant même à la ruse, pour maintenir le juge dans des bornes acceptables pour les Parties (1). D'autre part, il arrive que la diplomatie entre franchement en lutte avec la juridiction qu'elle juge intrusive : ce conflit est positif, comme source d'inventivité juridique (2).

1. Le consentement à la juridiction, ou l'inventivité conservatrice en droit international

Le consentement des Parties à la juridiction est l'un des aspects les mieux maîtrisés de « l'inventivité relationnelle » dans le champ international. C'est classiquement la première question qui est traitée au Palais de la Paix lorsqu'une affaire est soumise à la Cour internationale de Justice (a) ; mais au niveau régional, en matière de droits de l'homme notamment, la superposition de « filtres à requêtes » participe de cet objectif fondamental de l'inventivité diplomatique, qui est de participer au système, tout en gardant la maîtrise de ses engagements (b).

a) Le masque de la déclaration facultative d'acceptation de juridiction obligatoire

¹⁰⁵ JACQUE, J.-P., « L'avis 2/13 C.J.U.E. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme ? », *European Area of Freedom Security & Justice*, publication en ligne, 26 déc. 2014 ; POPOV, A., « L'avis 2/13 complique l'adhésion de l'U.E. à la C.E.D.H. », *Combats pour les droits de l'homme*, publication en ligne, 28 fév. 2016.

¹⁰⁶ C.J.U.E., ass. plén., 18 déc. 2014, avis 2/13, § 195.

¹⁰⁷ *Ibid.*, § 239.

¹⁰⁸ Par ex., v. RIBES, D., « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 déc. 1999 », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, fév. 2001.

¹⁰⁹ C.E.D.H. (plén.), *Belilos c. Suisse*, 29 avr. 1988, req. 10328/83, §§ 38-60.

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme de l'O.N.U., Obs. Gén. n° 24, *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

¹¹¹ C.D.I., *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*, 2006, A/66/10, p. 32.

Pour la C.I.J., ce consentement intervient d'une part soit sur le fondement d'un accord permanent¹¹² ou d'un compromis *ad hoc* entre les Parties au litige ; soit d'autre part sur le fondement d'un acte unilatéral préalable de chaque Partie, et facultatif, la déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire « *de plein droit et sans convention spéciale* » (art. 36 § 2 du Statut). Il est bien entendu possible, pour les États optant pour ladite déclaration, d'émettre des acceptations de juridiction sans conditions : néanmoins, sur les soixante-douze États ayant accepté cette juridiction obligatoire de principe (sauf négociations directes entre les Parties), cette occurrence reste très rare et limitée en général à des Puissances modestes dans la conduite des relations internationales (le Timor-Oriental¹¹³ par exemple). D'ailleurs, hormis le Royaume-Uni, à l'heure actuelle aucun des Grands disposant du droit de *veto* au Conseil de sécurité n'est tenu par ce type de déclaration¹¹⁴.

La plupart des États exige au moins la condition de réciprocité pour que leur déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour leur soit opposable ; ils peuvent librement décider des catégories de différends qu'ils acceptent de soumettre à la Cour, qu'ils énumèrent expressément et limitativement, et à l'inverse également ceux qu'ils entendent lui soustraire.

Bien des États, tout en faisant acte d'acceptation de la juridiction obligatoire, la vident de son contenu et la cantonnent à des questions internationales qui apparaissent nettement comme des thèmes secondaires, à tout le moins du point de vue de l'État déclarant. Certaines de ces déclarations relèvent de la caricature formaliste, prenant l'aspect d'une longue énumération d'exceptions si nombreuses qu'elles paraissent, finalement, faire du refus de juridiction, le principe¹¹⁵. La plupart sont tout de même nuancées, et un bon exemple s'en trouve dans la déclaration polonaise du 25 mars 1996 : la Pologne accepte de soumettre les différends internationaux d'ordre juridique à la Cour, excepté les différends concernant des faits antérieurs à 1990, « *les différends concernant le territoire ou les frontières de l'État* », « *les différends concernant la protection de l'environnement* », « *les différends concernant des dettes ou engagements extérieurs* »... Cela fait beaucoup d'exceptions, et d'une vaste ampleur, qui trahissent les lignes directrices de la politique juridique extérieure de l'État sur les questions évoquées : *a priori*, point d'immixtion juridictionnelle dans cette chasse gardée diplomatique. La réserve concernant l'environnement se peut mettre en parallèle avec l'affaire du *Projet Gabcikovo-Nagyymaros* entre la Hongrie et la Slovaquie, pendante à la même époque devant la C.I.J.

Cette dernière ne fait d'ailleurs pas preuve d'audace en la matière, s'en tenant pour l'essentiel à une interprétation « *naturelle et raisonnable* »¹¹⁶, selon ses propres termes, des réserves inscrites dans les déclarations d'acceptation de juridiction obligatoire ; comme le montre l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*¹¹⁷. La Cour suit ici une logique d'interprétation volontariste et subjective de la réserve, puisque ces déclarations d'acceptation de juridiction sont des actes purement facultatifs, « *que les États ont toute liberté de souscrire ou de ne pas souscrire* »¹¹⁸. De même elle se refuse à écarter une réserve, même si celle-ci sert manifestement à tenir éloignés de sa juridiction des actes douteux quant à leur conformité au droit international. La Cour maintient ainsi une interprétation judiciaire strictement chronologique en procédant exclusivement *ab initio* à l'analyse de sa compétence et de la recevabilité, et se refusant à mêler à cette phase préliminaire une analyse *in media res* du fond de l'affaire¹¹⁹. Cette dernière ne peut être qu'ultérieure ainsi que le juge l'a rappelé, comme pour s'excuser de ne pouvoir empêcher la commission d'actes internationalement illicites, dans son rejet de la demande en indication de mesures conservatoires déposée par la Yougoslavie finissante contre les États membres de l'O.T.A.N.¹²⁰.

L'inventivité dans la rédaction sert donc tout aussi bien à maintenir le *statu quo* dans le raisonnement interprétatif du juge, et à brider sa capacité d'action¹²¹. En conséquence, le juge, cerné dans son fief judiciaire, ne peut plus dès lors que rappeler

¹¹² Le Pacte de Bogota (Traité américain de règlement pacifique, Bogota, 30 avr. 1948, *R.T.N.U.* 1949, n° 449, p. 85 et s.), pour l'ensemble du continent sud-américain, en est un exemple réussi ; la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avr. 1957, *S.T.C.E.* n° 23), qui institue en son article premier la compétence de principe de la C.I.J. sur les conflits relatifs « *à tout point de droit international* », entre autres, a malheureusement eu un succès bien moindre, n'étant ratifiée que par quatorze États membres du Conseil de l'Europe.

¹¹³ Déclaration du Timor-Oriental du 21 sept. 2012, disponible en ligne sur le site Web de la C.I.J.

¹¹⁴ La France ayant retiré la sienne après l'affaire des *Essais nucléaires*, en 1974.

¹¹⁵ *V.*, par exemple la déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire déposée au Greffe de la Cour par l'Inde le 18 sept. 1974, qui énumère pas moins de onze exceptions, notamment « *les différends relatifs ou ayant trait à des faits ou à des situations d'hostilité* », « *l'interprétation des traités multilatéraux* », l'interprétation des traités passés du temps de la S.D.N., et toutes les questions connexes à son territoire de façon générale, etc.

¹¹⁶ C.I.J., *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Rec.* 1952, p. 104.

¹¹⁷ C.I.J., *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence, arrêt, 4 déc. 1988, *C.I.J. Rec.* 1998, p. 432 et s.

¹¹⁸ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C. I. J. Rec.* 1984, p. 418, § 59.

¹¹⁹ C.I.J., *Compétence en matière de pêcheries*, préc. note, § 55.

¹²⁰ C.I.J., *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance, 2 juin 1999, *C.I.J. Rec.* 1999, p. 140, § 47 : « *Il existe une distinction fondamentale entre la question de l'acceptation par un État de la juridiction de la Cour et la compatibilité de certains actes avec le droit international ; la compétence exige le consentement ; la compatibilité ne peut être appréciée que quand la Cour examine le fond, après avoir établi sa compétence [...]* ».

¹²¹ Cette rigueur a néanmoins son intérêt objectif au profit de la justice internationale et non pas seulement au profit des États demandeurs. Ainsi, pour être qualifiés de « *préliminaires* », lesdits moyens soulevés comme exceptions par les Parties doivent concerner de façon exclusive la compétence et la recevabilité, et « *dans le cas contraire, notamment lorsque ce caractère n'est pas exclusif puisqu'elles comportent à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond* » (C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, 26 juin 1986, *C.I.J. Rec.* 1986, p. 31, § 41) ; la Cour est occasionnellement confrontée à cette confusion des genres qui pourrait porter préjudice aux droits d'une des Parties. Elle a par exemple refusé d'accueillir une exception préliminaire mâtinée de fond qui aurait eu pour conséquence d'exclure l'analyse de l'objet de la demande, alors que la compétence et la recevabilité étaient déjà établis par d'autres moyens (C.I.J., *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, préc. note, *C.I.J. Rec.* 1998, p. 134, §§ 49-50).

la distinction entre justiciabilité et effectivité des règles, puisque « *les États, qu'ils acceptent ou non la juridiction de la Cour, demeurent en tout état de cause responsables des actes contraires au droit international [...] qui leur seraient imputables* »¹²² ; le choix du règlement du différend par la négociation, la médiation ou autre étant toujours théoriquement envisageable.

b) Les entraves aux systèmes régionaux des droits de l'homme

Ce même type d'inventivité conservatrice – une association de termes qui n'est pas si paradoxale qu'il y paraît – se retrouve également dans les systèmes régionaux de droits de l'homme : ceux-ci ne permettent pas un accès direct au juge international, mis à part la C.E.D.H. depuis le protocole n° 11¹²³. Les trois systèmes régionaux opérationnels à l'heure actuelle connaissent ou ont connu des Commissions, quasi-juridictions conçues souvent comme un lieu d'arbitrage et de concertation plutôt que comme une instance judiciaire, servant de filtres entre les requérants et la Cour régionale.

Il en fut ainsi de la Commission européenne des droits de l'homme, jusqu'en 1998 ; il en est encore de la sorte pour la Commission interaméricaine des droits de l'homme, et pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette dernière fut longtemps la seule institution de son système régional, inspirée essentiellement de la négociation et de l'esprit africain de la palabre¹²⁴ ; la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'a été instituée que par un protocole additionnel de 1998¹²⁵, et à peine a-t-elle été créée que sa fusion a été programmée avec la (future) Cour de justice de l'Union africaine.

Au-delà du choix de créer une juridiction « fourre-tout », qui devrait à terme regrouper une section consacrée aux droits fondamentaux, l'autre au contrôle des actes de l'Union africaine, et enfin une section pénale régionale, cette succession de protocoles mélioratifs donne la fâcheuse impression que la Cour d'Arusha – la seule en état de marche à ce jour – n'est que temporaire et précaire, ce qui nuit à sa crédibilité propre et à l'autorité de sa jurisprudence. De plus, l'épée de Damoclès qu'est l'attente de la (longue et aléatoire) ratification du protocole de fusion de Charm El-Cheikh, datant de 2008¹²⁶, permet aux diplomates africains d'atermoyer quant à l'effectivité opérationnelle de la « véritable » Cour, la Cour « définitive », et *in fine* de la repousser aux calendes grecques¹²⁷. Ceci montre bien que l'activisme conventionnel n'est pas forcément synonyme d'avancée juridique. À vouloir trop en faire... Ces barrages subtils et supplémentaires à l'accès au juge international, sous couvert d'amélioration progressive, permettent à la diplomatie intergouvernementale de garder une autorité plus marquée sur des commissaires dont l'office est proche du politique et du transactionnel, plutôt que sur des juges dont l'office est plus strictement judiciaire¹²⁸.

2. La fronde diplomatique contre des juges considérés comme intrusifs

La réaction diplomatique à un juge trop intrusif et directif, au goût des États, peut prendre deux formes complémentaires et souvent plus catégoriques, plus tranchées, que celles de la seule question du consentement : il s'agit, soit de prendre l'initiative de modifier la structure et les attributions mêmes du système juridictionnel en cause – cela a été le cas pour la C.E.D.H. lors de la Conférence de Brighton en 2012 (a) – ; soit de sortir théâtralement du système, voire de mettre en péril son effectivité en le contrecarrant – comme cela se voit à l'encontre de la Cour pénale internationale ces dernières années (b).

a) Le réaménagement de l'existant : le cas de la C.E.D.H.

Le juge international qui heurte de front certaines conceptions juridiques considérées comme essentielles ou « de bon sens », devant ainsi amener des réformes du droit national pour cesser les condamnations itératives de l'État en cause, peut soulever contre lui des réactions de souveraineté irritée. C'est ainsi que s'analyse la Conférence de Brighton où le Premier ministre britannique d'alors, D. CAMERON, prenant exemple entre autres de la jurisprudence de la C.E.D.H. établie à l'encontre

¹²² C.I.J., *Licéité de l'emploi de la force*, préc. note, § 48.

¹²³ Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, Strasbourg, 11 mai 1994, S.T.E. n° 155.

¹²⁴ ATANGANA AMOUGOU, J.-L., « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, n° 1, juill.-déc. 2001, p. 91 : « *Les États africains n'étaient [pas] prêts à se soumettre au verdict d'une véritable juridiction régionale, surtout si elle était accessible aux simples citoyens [...]. C'est pourquoi la solution retenue [...] a été celle d'une institution plus modeste dont la spécificité, dit-on, est inspirée de l'arbre à palabres* ».

¹²⁵ O.U.A., Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Ouagadougou, 9 juin 1998 ; entrée en vigueur le 25 janv. 2004. Au sujet de la création de cette Cour et des « *ruses des États pour façonner la production normative au moment des négociations [et] affaiblir le texte de droit* » qui en est issu, v. : DEBOS, M., « La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Les dessous d'une ingénierie institutionnelle multicentree », *Cultures & Conflits*, n° 60, 2005, pp. 159-182.

¹²⁶ U.A., Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, Charm El-Cheikh, 1^{er} juill. 2008, art. 2.

¹²⁷ A l'heure actuelle, le protocole de fusion est encore loin d'entrer en vigueur. Cette menace sur la pérennité de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, qui a déjà la difficile mission de se faire accepter dans un environnement riche de violations multiples et de jeunes souverainetés, devient de plus en plus inopportune.

¹²⁸ CAVARE, L., « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, vol. 2, 1956, p. 497 : « *Les États saisiront un organe consultatif plus volontiers qu'un organe juridictionnel. [...] Encore faut-il se garder de systématiser car, en dernier ressort, le choix de l'organe à constituer ou à saisir dépend, le plus souvent, en-dehors d'engagements formels préalables, du pouvoir discrétionnaire des États* ».

de son pays concernant la reconnaissance du droit de vote aux prisonniers¹²⁹, a voulu faire en sorte que les traditions et approches nationales soient davantage respectées dans le système régional européen. Certes, le Protocole n° 15 affirme toujours dans son préambule la « prééminence » de la Cour de Strasbourg dans la protection juridictionnelle des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, mais il rappelle en son article premier¹³⁰ que l'ensemble est structuré par un principe de subsidiarité, donnant la priorité aux juridictions internes, lesquelles disposent d'une marge nationale d'appréciation¹³¹.

Ces assertions n'ont rien de novateur en soi ; la subsidiarité est un principe commun en droit international, et ladite marge nationale d'appréciation est établie dans la jurisprudence de la Cour. Néanmoins, ce qui pouvait être considéré comme des notions annexes, ou du moins banales, se voit dès lors consacré par un nouveau paragraphe inséré dans le préambule de la Convention. C'est une inventivité de frondeurs, c'est-à-dire assez limitée : sans briser le système, sans le rénover en profondeur, on y réaffirme des notions existantes mais qui doivent être placées au premier rang.

b) Les armes diplomatiques de la guerre ouverte : dénonciations, « contre-conventions » et « contre-juridictions »

Plus impressionnante est la réaction d'une diplomatie se voulant rebelle à l'existence d'un ordre juridictionnel en lui-même. Les exemples en sont variés, et ne concernent pas toutes des institutions judiciaires permanentes : il en est ainsi, en contentieux international des investissements, du rejet par certains États d'Amérique latine (Équateur, Bolivie, Venezuela) du C.I.R.D.I., ceux-ci allant jusqu'à dénoncer la Convention de Washington de 1965 à laquelle ils étaient Parties¹³².

L'exemple le plus frappant paraît cependant être, par son ampleur et ses enjeux, la véritable lutte diplomatique enclenchée contre la Cour pénale internationale. Cette lutte est menée aussi bien par des États parties au Statut de Rome de 1998, que par des États simples signataires ou tout simplement extérieurs à ce Statut. Il était évident qu'une Cour ayant la capacité d'émettre des mandats d'arrêt contre des chefs d'État en exercice ne pouvait que susciter, à bref terme, une vive opposition de la diplomatie. Pour autant, cette dernière garde un certain contrôle sur les activités de la Cour, notamment par le truchement du Conseil de sécurité qui peut demander l'ouverture d'une enquête ou, *a contrario*, ordonner le sursis à enquêter ou à poursuivre pour une période d'un an¹³³. L'inventivité diplomatique trouve aussi sa place dans le tumulte interétatique organisé contre la Cour :

- très classiquement, certains États africains font connaître leur volonté de se retirer du Statut qu'ils ont ratifié ;
- de façon plus inventive, et dans une voie médiane, l'Union africaine et ses États membres se sont entendus pour susciter un concurrent régional à la Cour pénale internationale, en projetant comme déjà évoqué la création d'une section pénale régionale au sein de la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme¹³⁴ ; ou comment déclarer son attachement au respect du droit international pénal, tout en façonnant un juge au fait des problématiques locales et plus « compréhensif » vis-à-vis des explications diplomatiques entre « pays frères » ; en témoigne l'article 46.a), *bis*, du Statut de la future Cour africaine de Justice¹³⁵ ;
- d'autres innovent dans la symbolique de la rupture, comme la Russie qui a déclaré retirer sa signature du Statut, qu'elle n'a jamais ratifiée et qui ne l'engage guère juridiquement, selon les termes de l'article 18 § 1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il s'agit là d'un solennel « coup de majesté » pour montrer la désapprobation morale de cet État vis-à-vis de l'action de la Cour au moment précis où celle-ci commence des investigations relatives à des crimes commis en Géorgie impliquant potentiellement des forces russes. Le reniement de signature n'est pas un cas unique, mais suffisamment rare pour être souligné.

D'autres États vont enfin beaucoup plus loin pour empêcher la Cour pénale internationale de juger leurs ressortissants, allant même jusqu'à établir des instruments conventionnels pour faire obstacle à toute relation avec cette juridiction : l'Accord entre le Gouvernement transitoire de la République islamique d'Afghanistan et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique relatif à la remise de leurs nationaux respectifs à la C.P.I. du 20 septembre 2002 est à ce sujet tout à fait parlant. En se fondant sur l'article 98 d'un Statut auquel ils sont étrangers depuis le retrait de leur signature par le Président G. W. BUSH en mai 2002, les États-Unis ont fait preuve d'inventivité dans leur politique juridique de neutralisation de la Cour

¹²⁹ Sur le dialogue tenté par le juge vers les diplomates européens à ce propos, v. HERVIEU, N., « Droit de vote des détenus : la diplomatie jurisprudentielle au service d'une paix des braves sur le front européen des droits de l'homme (C.E.D.H., G.C., 23 mai 2012, *Scoppola c. Italie*, n° 3) », in *Combats pour les droits de l'homme*, publication en ligne, 23 mai 2012.

¹³⁰ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 24 juin 2013, *S.T.C.E.* n° 213, art. 1^{er}.

¹³¹ Dans le même ordre d'idées de réduction de la marge d'action de la C.E.D.H., il faut citer le passage de six à quatre mois du délai de recours devant la Cour après l'épuisement des voies internes.

¹³² Sur les effets juridiques de ces dénonciations, v. CAZALA, J., « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *A.F.D.I.*, vol. 58, 2012, pp. 551-565.

¹³³ Statut de la C.P.I., Rome, 1998, entrée en vigueur en 2002, art. 16.

¹³⁴ U.A., Protocole portant amendements au Protocole sur le Statut de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme, Malabo, 2015.

¹³⁵ *Ibid.* annexe. L'immunité complète y est accordée aux chefs d'État en exercice, y compris en cas de génocides et autres crimes inscrits au Statut de la Cour pénale internationale.

pénale internationale. Ils ont organisé, par de tels traités bilatéraux, l'impossibilité concrète de traduire leurs ressortissants devant la Cour en cas de commission par eux à l'étranger des crimes visés au Statut de 1998.

Autrement dit : de l'art de rester dans la légalité internationale, tout en empêchant la sanction des crimes internationaux.

Conclusion

« *La seule règle de la diplomatie, c'est qu'il n'y a pas de règles* ».

C'est un adage malicieux que celui énoncé par le sieur François DE CALLIERES – diplomate français sous Louis XIV, auteur d'un fameux manuel sur l'art diplomatique¹³⁶ –, qui devrait figurer en bonne place dans un recueil de maximes sur le droit des gens.

L'inventivité relationnelle, que celle-ci serve des tendances considérées comme progressistes ou conservatrices, est un vecteur de l'évolution du droit des gens et des relations internationales, dans lesquelles il y a à présent pléthore de normes et d'acteurs institutionnels. En témoigne la place notable prise par la Direction des Affaires juridiques au sein du Ministère des Affaires étrangères français depuis un peu plus d'un siècle, évolution répondant à « *l'extension progressive du domaine du droit dans les relations internationales et son perfectionnement continu* »¹³⁷. La maxime du sieur DE CALLIERES doit donc être actualisée : la seule règle de la diplomatie, aujourd'hui, c'est qu'il faut savoir manipuler toutes les règles, pour maîtriser les candidats aux formes modernes de la puissance internationale.

Cette juridicisation des relations extérieures ne bride pas l'inventivité diplomatique, au contraire. En effet, le droit international recouvre des situations plurielles marquées par une altérité dynamique : variété des systèmes, disparité de l'effectivité des règles, hétérogénéité des acteurs. Un tel tableau explique que soit suscitée chez ses timoniers une capacité d'invention sans cesse renouvelée. La complexité de ce droit est elle-même génératrice d'inventivité pour l'appréhender. Dès lors, il n'y a pas de hasard à ce qu'un dramaturge ait écrit :

« *Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété aussi librement la nature qu'un juriste la réalité* »¹³⁸.

Ce dramaturge n'était autre qu'un diplomate : c'était Jean GIRAUDOUX.

¹³⁶ CALLIERES (DE), F., *De la manière de négocier avec les Souverains*, Paris, Lib. Brunet, 1716 ; Genève, Droz, 2002, 248 p.

¹³⁷ Pour reprendre les mots de l'ancien Directeur de cette branche du M.A.E., et actuel Juge français à la C.P.I., M. Marc PERRIN DE BRICHAMBAUT, in *Leçons de droit international public*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2011, pp. 15-16.

¹³⁸ GIRAUDOUX, J., *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte V, scène 2.