



Collège interarmées de défense

13° promotion

***LA PUISSANCE AMERICAINE ET LE DROIT INTERNATIONAL
DEPUIS LA FIN DE LA GUERRE FROIDE***

***Guantánamo, la « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire
et les droits de l'homme***

**Mémoire de géopolitique
du chef d'escadron Hubert SERIZIER
dans le cadre du séminaire « Géopolitique des Etats-Unis »**

Directeur : Monsieur Nicolas KESSLER

Mars 2006

FICHE DOCUMENTAIRE

1. La puissance américaine et le droit international depuis la fin de la Guerre froide. Guantánamo, la « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et les droits de l'homme
2. 2006_memoire_geop_puissance americaine et droit international_Serizier
3. Chef d'escadron, Armée de terre, SERIZIER Hubert, France
4. 22 mars 2006
5. Division D – groupe D5
6. Mémoire de géopolitique
7. Depuis fin 2001, la position adoptée par l'Administration américaine dans la gestion des prisonniers de la lutte antiterroriste semble osciller entre violation et contournement des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Au-delà de ce cas particulier, il convient pourtant de ne pas caricaturer la position des Etats-Unis en la réduisant à un rejet pur et simple des normes et institutions internationales. Leur histoire, leur aspiration à occuper une place à part dans la communauté internationale et, depuis la fin de la Guerre froide, leur puissance sans réel contrepouvoir extérieur se traduisent en fait en une politique étrangère très volontariste, qui vise à la fois à préserver leur indépendance et à maximiser l'influence qu'ils exercent. Le droit international devient alors moins un bien en soi qu'un outil parmi les autres pour servir l'intérêt national américain. Ce rapport au droit international se traduit en une sorte de *politique juridique extérieure*, qui peut aller selon les circonstances de l'adhésion au rejet, et qui vient *in fine* remodeler l'ordre international lui-même. Il convient donc de tenter de comprendre cette stratégie et de savoir si des mécanismes modérateurs seront à même de maintenir les Etats-Unis dans le jeu international traditionnel
8. Droit international, Etats-Unis, droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme, hégémonie, politique juridique extérieure, guerre contre le terrorisme, Guantánamo

LA PUISSANCE AMERICAINE ET LE DROIT INTERNATIONAL
DEPUIS LA FIN DE LA GUERRE FROIDE
Guantánamo, la « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire
et les droits de l'homme

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – PRISONNIERS DE LA GUERRE CONTRE LE TERRORISME, RESPECT
DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DES DROITS DE L'HOMME : LES ETATS-
UNIS ENTRE VIOLATION ET CONTOURNEMENT

L'applicabilité du droit international humanitaire aux combattants capturés lors des conflits
d'Afghanistan et d'Irak

L'applicabilité du droit international des droits de l'homme aux prisonniers des conflits armés et aux
détenus des opérations de police internationale

Le débat interne aux Etats-Unis : une réaffirmation du droit ?

DEUXIEME PARTIE – LES RAPPORTS AMBIGUS ENTRE LES ETATS-UNIS ET LE DROIT
INTERNATIONAL : UNE *POLITIQUE JURIDIQUE EXTERIEURE* QUI ATTEINT SON
PAROXYSMES AU LENDEMAIN DE LA GUERRE FROIDE

Les Etats-Unis et le monde : la politique étrangère d'une puissance hégémonique

La politique juridique extérieure, une instrumentalisation croissante du droit

L'avenir : un droit international marqué par l'hégémonie américaine

INTRODUCTION

La position des Etats-Unis vis-à-vis du droit international¹ est aujourd'hui particulière au sein de la communauté internationale. Elle s'explique par un ensemble complexe de facteurs parmi lesquels l'histoire de ce pays, sa conception de l'ordre international et de la place qu'il estime devoir être la sienne, et plus encore aujourd'hui l'état de sa puissance. Car cette dernière lui donne un poids prépondérant qui lui autorise des velléités spécifiques dans les relations entre Etats. L'étude des rapports entretenus par l'Amérique avec cette branche du droit révèle une posture qui mêle réticence et hégémonie et qui tranche avec la volonté actuelle de la plupart des acteurs étatiques et trans-étatiques légitimes d'une régulation croissante de l'ordre international. Alors que les USA ont été à l'origine des grandes avancées de cette régulation, notamment après la Seconde Guerre mondiale, et après l'espoir déçu de les voir la relancer à la fin de l'ordre bipolaire, il apparaît que les Administrations successives ont opté pour une plus grande autonomie vis-à-vis du droit depuis la fin de la Guerre froide.

L'étude du cas des prisonniers de la guerre contre le terrorisme –*Global War on Terror* (GWOT) déclarée par le président des Etats-Unis à la suite des attentats du 11 septembre 2001-, est exemplaire de ces rapports ambigus au droit, où les intérêts nationaux tendent à prendre le pas sur le respect des règles progressivement établies. Niant violer les normes en matière de droit international humanitaire et de droits de l'homme, les USA exploitent ce qu'ils lisent comme des failles des traités et de la coutume afférents, afin de les contourner et de s'affranchir de leur caractère contraignant. Ils utilisent pour ce faire un argument devenu récurrent : le droit international serait devenu inadapté aux menaces d'aujourd'hui et la protection offerte aux combattants capturés par eux –soit dans des conflits contre des Etats, soit dans des opérations de police internationale- serait excessive et ne permettrait plus de lutter efficacement contre les organisations non étatiques auxquelles ceux-ci appartiennent.

Il convient néanmoins de ne pas tomber dans la vision par trop caricaturale qui prévaut dans l'appréciation portée sur les USA. Leur rapport au droit n'est certainement pas univoque et leur attitude ne saurait être résumée en un refus pur et simple de la règle internationale. En fait l'Amérique, seule puissance hégémonique capable de s'affranchir du cadre interétatique généralement accepté, oscille entre rejet et adhésion au droit, développant une forme de stratégie, une *politique juridique extérieure*. Celle-ci constitue un des leviers concourant à s'imposer dans l'ordre international, et pourrait même à terme contribuer à remodeler cet ordre dans un sens favorable à l'Amérique.

En partant de l'étude du cas des prisonniers faits dans la lutte contre le terrorisme depuis septembre 2001, qui pose le débat de la place du droit tant au plan international qu'intérieur (I^o partie), il conviendra d'élargir cette analyse aux rapports des Etats-Unis au droit international en général, pour bien appréhender les enjeux de leur politique juridique extérieure actuelle et tracer quelques perspectives d'avenir (II^o partie).

¹ Le droit international est l'ensemble des règles juridiques régissant les relations entre sujets de droit de nationalité différente. La branche de ce droit dont il sera surtout question dans ce travail est le droit international public, qui concerne les sujets de la communauté internationale -Etats, organisations et aujourd'hui individus.

I° PARTIE – PRISONNIERS DE LA GUERRE CONTRE LE TERRORISME, RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET DES DROITS DE L’HOMME : LES ETATS-UNIS ENTRE VIOLATION ET CONTOURNEMENT

Eléments introductifs

Sur la base des pouvoirs de guerre conférés par le Congrès au Président des Etats-Unis, l’Administration américaine a mis en place depuis le 11 septembre 2001 un dispositif de lutte contre le terrorisme, parfois qualifié de *Global War on Terror*, qui a donné lieu à l’intervention en Afghanistan fin 2001, à des opérations de recherche de terroristes présumés par les agences américaines et des Etats alliés puis, plus indirectement, à l’invasion de l’Irak en 2003. Pour ce faire, le Congrès adoptait le 18 septembre 2001 une résolution autorisant l’utilisation des armées américaines par le Président dans ce but². A partir de ce texte et de ses prérogatives définies par la Constitution, celui-ci signait notamment le 13 novembre 2001 un ordre présidentiel³ précisant sa politique relative aux personnes qui seraient capturées ou arrêtées lors des opérations militaires ou de police internationale. Les règles retenues dans ce document et dans les différents textes d’application, issus par la suite des départements de l’Administration, posent des problèmes de conformité avec les règles du droit international relatives au traitement des prisonniers.

Deux catégories de règles juridiques sont particulièrement visées. La première est connue sous le nom de *droit international humanitaire* –DIH- et s’applique dans les situations bien spécifiques de *conflits armés*, qu’ils soient internationaux ou internes à un Etat. L’applicabilité de ce *jus in bello* se pose donc pour les conflits d’Afghanistan et d’Irak. Ses textes essentiels sont les quatre conventions de Genève de 1949⁴, complétées par deux protocoles additionnels de 1977 qui adaptent le droit aux évolutions des conflits⁵ –tous les six sont des traités. Ils confèrent aux détenus des garanties définies notamment en fonction de la nature de leur participation aux combats. Ces textes conventionnels du DIH sont complétés par des normes de nature coutumière⁶, qui revêtent la même valeur que les traités.

La seconde catégorie, définie comme le *droit international des droits de l’homme* –DIDH-, intéresse ces mêmes prisonniers de conflits, mais surtout les détenus pris lors des opérations de police internationale hors situation de conflits armés et à qui ne s’appliquent donc pas les protections du DIH.

² Congrès des Etats-Unis, *Authorization for Use of Military Force* (AUMF), 18 septembre 2001.

³ *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terror*, *Military Order*, 13 novembre 2001, cf. annexe.

⁴ Convention (I) de Genève pour l’amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Convention (II) pour l’amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre, Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949. Les USA y sont partie.

⁵ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Protocole additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977. Les USA n’y sont pas partie.

⁶ La coutume est une norme non écrite découlant d’une pratique générale, acceptée comme étant le droit. Elle est une des quatre sources du droit international, au même titre que les traités, les actes unilatéraux des Etats ou des organisations internationales et les principes généraux reconnus par les nations. Il n’existe pas de hiérarchie des normes en droit international ; toutes ces sources sont donc de valeur égale.

Le DIDH offre des garanties minimales intransgressibles aux individus ; il regroupe des instruments « universels »⁷ et des instruments régionaux⁸. Des normes de valeur coutumière le complètent aussi.

Il apparaît que les décisions de l'Administration américaine, en organisant un système de détentions hors du territoire américain, tendent à contourner ou à ignorer tout ou partie de ces deux catégories de normes. Car si la détention de prisonniers à l'étranger n'est pas un phénomène nouveau, est en revanche nouveau le fait que cette politique a été choisie explicitement ; elle repose sur l'affirmation que les militaires et agents des agences fédérales ne sont pas tenus à l'étranger aux mêmes obligations juridiques –nationales et internationales de DIH et DIDH- vis-à-vis des prisonniers qu'ils le seraient sur le territoire des USA. En outre, à rebours de la lecture classique du droit et pour fonder juridiquement leur décision, les autorités américaines ont « inventé » une catégorie juridique particulière de prisonniers –les *ennemis combattants*-, qui ne correspond pas à celles prévues par les normes juridiques en vigueur, afin de les exclure des protections normalement prévues par le droit.

La justification avancée est la nécessité d'adopter face à une menace nouvelle des réponses adaptées que les instruments existants du droit international, issus d'un contexte géopolitique ancien, ne fourniraient plus, notamment dans la façon d'interroger les terroristes présumés et de leur retirer définitivement toute possibilité de rejoindre leurs organisations. Autrement dit, DIH et DIDH seraient trop protecteurs pour les combattants des conflits asymétriques et des organisations terroristes. L'ordre présidentiel de novembre 2001 permet ainsi, sur décision de l'exécutif, un assouplissement substantiel des garanties accordées aux prisonniers sur leurs conditions de détention et d'interrogatoire, leur accès à un tribunal pour contester leur jugement, les conditions de leur jugement et de leur libération⁹. En outre, ceux des prisonniers qui seront jugés comparaitront devant des *commissions militaires* aux procédures particulières, créées pour l'occasion. Il convient donc, pour chacune des deux catégories de normes et pour chacune des catégories de détenus, d'analyser brièvement les contradictions possibles entre la position américaine et les garanties normalement accordées à ces individus.

I-1 – L'applicabilité du droit international humanitaire aux combattants capturés lors des conflits d'Afghanistan et d'Irak

Arguant de failles supposées dans les normes existantes, qui ne couvriraient donc plus de manière adaptée une situation présentée comme entièrement nouvelle, la position américaine consiste à nier l'applicabilité du DIH à une large part des détenus des deux conflits d'Afghanistan et d'Irak. Cette interprétation s'inscrit à rebours de la lecture classique de ce droit.

⁷ Notamment Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), 12 décembre 1966, ratifié par les USA, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, ratifiée par les USA.

⁸ Notamment la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, signée mais non ratifiée par les USA.

⁹ En particulier est autorisée la détention sans limite de durée, sans justification formelle ou notification du motif exact à l'intéressé, sans obligation d'incrimination et de jugement.

I-11 – La classification des détenus retenue par les Etats-Unis

De par les conflits d’Afghanistan et d’Irak –lors des opérations puis de l’occupation-, plus de 50000 prisonniers ont été au pouvoir des forces américaines.

I-111- Le choix américain de traitements différenciés selon les théâtres

En Afghanistan, les milliers de détenus ont été d’abord gardés par les forces de la coalition, sur place ou sur de navires américains. Depuis, la plupart ont été rendus aux autorités afghanes, quelques centaines restant néanmoins dans des centres tenus par la coalition sur place ou au Pakistan, ou ont parfois été transférés dans un réseau de prisons secrètes installées dans des pays étrangers, tenues par les forces américaines ou par les autorités locales mais sous contrôle américain. Certains prisonniers ont aussi été remis directement aux autorités de pays amis moins regardantes sur les conditions de détention et d’interrogatoire. En outre, depuis 2002, quelques centaines d’individus suspectés d’être liés aux Taliban ou à Al Qaeda ont été déportés vers la base américaine de Guantánamo à Cuba, du fait de leur valeur en termes de renseignement ou de leur dangerosité supposée. En Irak, les prisonniers sont détenus dans un réseau de prisons sous l’autorité des forces américaines ou de l’administration irakienne ; il est probable que ceux suspectés d’appartenir à Al Qaeda ont aussi été déportés à Guantánamo ou autre part dans le monde.

Les Etats-Unis sont partie aux conventions de Genève, tout comme les deux Etats envahis. Le caractère de *conflits armés* de ces interventions n’est en outre pas contesté. Les conditions sont donc remplies pour que le DIH s’applique. Pourtant, les USA refusent son applicabilité systématique et ont adopté une position différenciée sur les théâtres afghan et irakien.

Pour l’Afghanistan, deux groupes d’ennemis ont été définis. Premièrement, dans la lutte contre les Taliban, l’applicabilité de principe du DIH, refusée au départ des opérations, n’a plus été contestée devant les protestations internationales soulevées par cette argumentation. Cependant, arguant que ces combattants ne remplissaient pas les conditions définies dans la III^o convention¹⁰, l’Administration leur a refusé la qualification de *prisonniers de guerre*, pour en faire des *ennemis combattants*¹¹. Deuxièmement, dans le cas des membres présumés d’Al Qaeda, l’applicabilité du DIH a été déniée sur l’argument que ce réseau n’est pas partie aux conventions de Genève ; leurs dispositions ne leur seraient donc pas applicables.

Pour l’Irak en revanche, l’applicabilité du DIH a été reconnue, bien qu’une évolution récente de la position américaine semble diminuer les garanties accordées aux prisonniers. En effet, certains détenus non irakiens ont été exclus des protections du DIH et déportés hors du territoire, tandis qu’était ouverte la possibilité que des prisonniers irakiens soient transférés à l’étranger aux fins d’interrogatoire, pour des périodes brèves mais indéfinies.

¹⁰ Cf. infra.

I-112 – Contradictions avec l'interprétation généralement retenue du DIH

Cette position contredit l'interprétation généralement acceptée des conventions de Genève, selon laquelle il n'existe que deux statuts différents pour les détenus des conflits armés : soit *prisonniers de guerre* protégés par la III^o convention, soit *civils* protégés par la IV^o convention. Aucun statut intermédiaire n'a été prévu par les Etats signataires de ces traités et aucun prisonnier aux mains de l'ennemi ne devrait se retrouver dans un vide juridique. Les *combattants ennemis* n'existent donc pas pour le DIH : tout prisonnier a droit à la protection des conventions, à un degré qui dépend de son appartenance à l'un des deux statuts.

Le classement en *prisonniers de guerre* est gouverné par l'article 4 de la III^o convention :

A. Sont prisonniers de guerre, au sens de la présente Convention, les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi : 1) les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées ; 2) les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes : a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ; b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ; c) de porter ouvertement les armes ; d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre ; 3) les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice (...).

Les Taliban devraient être classés en prisonniers de guerre selon l'article 4A(1), en tant que membres des forces armées afghanes, et ce bien que les USA, qui les détiennent, ne reconnaissent pas le régime taliban alors en place –ainsi l'exige l'article 4A(3). Or, les Etats-Unis se basent sur les quatre critères de l'article 4A(2) pour leur refuser ce statut. Mais la logique interne de l'article 4A affirme que ces critères ne s'appliquent pas à ces membres de forces armées ; ils ne sont prévus que pour les membres des *autres milices et groupes de volontaires* décrits par l'article 4A(2). Les Taliban ne sauraient donc se voir reprocher la violation d'un des critères pour être exclus du statut de prisonniers de guerre, car même s'ils s'étaient effectivement alliés à un réseau terroriste qui agissait sur leur territoire, ils constituaient bien alors les forces armées afghanes. En outre, même si l'argument américain devait être retenu, le refus de ce statut ne pourrait résulter que d'une décision prise individuellement pour chaque combattant, sur la base d'une violation individuelle effective d'un des critères, et en aucun cas d'une décision collective comme celle prise *a priori* par l'Administration.

Les membres d'Al Qaeda capturés en Afghanistan auraient pu eux aussi être considérés comme prisonniers de guerre, en tant que milices ou volontaires couverts par l'article 4A(2), à la condition de satisfaire à ses quatre critères. Ils ne les ont jamais été respectés, s'excluant de fait de cette classification. Toutefois, conformément à la III^o convention, tout détenu est *a priori* présumé prisonnier de guerre ; en cas de doute, seul un tribunal compétent peut leur en dénier le statut, et

¹¹ « *Unlawful combatants* » ou « *illegal combatants* », catégorie juridique utilisée dès avant 2001 par les Etats-Unis pour les personnes n'appartenant pas aux forces armées d'un Etat ennemi et n'ayant pas le droit de participer aux combats.

uniquement sur la base d'une étude du cas de chaque combattant¹². La classification des membres d'Al Qaeda par décision présidentielle, faite *a priori*, sans décision d'un tribunal –il est douteux que le Président des Etats-Unis entre dans la catégorie des tribunaux compétents prévus par la convention- et en tant que groupe constitué, entre donc en contradiction avec le DIH.

En contournant la classification des détenus dans les deux catégories prévues par le DIH, les USA cherchent en fait à fonder une nouvelle catégorie juridique à laquelle ne s'appliqueraient pas les obligations des conventions de Genève. Car autant les prisonniers de guerre que les civils –au sens de la IV^o convention- bénéficient de garanties, contraignantes pour l'Etat qui les détient, et ce même s'ils ont eux-mêmes commis des violations contre le DIH et encourent donc un jugement.

Les prisonniers de guerre tout d'abord jouissent d'une immunité qui exclut qu'ils soient jugés pour le seul fait d'avoir pris part aux combats. Le seul motif d'incrimination serait la commission par eux de violations du DIH. Dans ce cas, ils doivent être jugés de manière équitable par les mêmes juridictions que celles compétentes pour juger les membres des forces armées qui les retiennent et selon les mêmes procédures¹³ –les cours-martiales dans le cas des USA- ; ce qui disqualifie les *commissions militaires* de Guantánamo, tant de par leur nature que de par leurs procédures. En outre, les prisonniers de guerre doivent être libérés et rapatriés le cas échéant dès la fin des hostilités et ils ont droit à communiquer avec les agences de protection, comme le Comité international de la Croix-Rouge –CICR- mandaté dans ce but par les conventions de Genève. Or, l'accès par le CICR n'a pas été acquis d'emblée et certains prisonniers lui restent totalement inaccessibles.

Ensuite, les ressortissants de l'Etat attaqué et/ou occupé qui ne tombent pas dans cette catégorie sont normalement couverts par la IV^o convention –civils. Ces personnes protégées peuvent être jugées pour le simple fait d'avoir pris part aux combats, ou pour toute autre violation des lois et coutumes de la guerre. Mais elles ne peuvent l'être que par les tribunaux judiciaires –et non des commissions militaires- et ne peuvent en aucun cas être déportées hors de la zone d'occupation. Leur transfert en-dehors de cette zone par l'occupant constitue une violation grave des conventions de Genève. Leurs conditions de traitement sont aussi très exigeantes.

Ce sont bien ces contraintes qui ont amené les USA à refuser l'applicabilité du DIH, de manière à disposer d'une plus grande liberté d'action en termes de lieu de détention, d'interrogatoire, de jugement et de libération.

I-12- Difficultés du droit face aux conflits nouveaux

Il est néanmoins vrai que le DIH a été prévu pour des conflits symétriques entre Etats, où les combattants sont facilement classifiables. Or, un conflit comme celui d'Afghanistan met en jeu des acteurs non étatiques nouveaux aux stratégies asymétriques, qui en apparence rentrent plus difficilement dans les deux catégories de détenus protégés.

¹² III^o convention de Genève, article 5.

¹³ III^o convention de Genève, article 102.

I-121- Existe-t-il de vrais ennemis combattants au sens américain ?

Si les prisonniers de guerre et les ressortissants civils de l'Etat attaqué et/ou occupé -même ceux ayant pris part aux combats- sont explicitement couverts par les conventions, en revanche le cas des combattants « civils » présents sur le territoire mais d'une nationalité autre que celle de l'Etat attaqué et/ou occupé pose des difficultés. En effet, la IV^o convention pose des conditions de nationalité pour que ses garanties jouent¹⁴ : les ressortissants d'Etats non parties aux conventions de Genève, de pays neutres et d'Etats cobelligérants des USA ne sont pas couverts quand leur Etat d'appartenance entretient des relations diplomatiques normales avec les USA, puissance détentrice –la protection diplomatique est sensée être plus efficace que le DIH. Ainsi, les membres non afghans d'Al Qaeda et autres groupes, rentrant dans ce cas particulier et capturés en Afghanistan, ne sont couverts ni par la III^o ni par la IV^o convention. Ils représentent un des rares cas où la classification en *ennemis combattants* –si tant est qu'elle existait en droit international- pourrait avoir un sens.

Toutefois, même pour ces derniers, la création de cette catégorie d'*ennemis combattants* semble peu justifiable. Le vide juridique avancé par les USA semble en réalité ne pas exister. Il est en effet difficile de prétendre que ces détenus ne sont pas couverts par le DIH, dans la mesure où la plupart des traités afférents prévoient justement diverses protections qui assurent un respect minimum de la dignité de tout combattant et sont applicables quand se pose un tel cas juridiquement complexe.

I-122- Des protections substantielles prévues par le DIH pour tout détenu

En plus de la protection diplomatique de leur pays d'origine, ces détenus particuliers bénéficient d'au moins trois sources de droits. D'abord, l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève¹⁵ leur accorde une garantie minimale de traitement humain et de procès équitable. Ensuite, l'article 75 du protocole additionnel I¹⁶ garantit, à toute personne au pouvoir d'une partie à un conflit et qui ne bénéficie pas d'un traitement plus favorable en vertu d'une des conventions ou du protocole I, des protections précises quant à sa détention, son traitement, sa libération en l'absence d'incrimination et son éventuel jugement. Il est à noter que si les USA ne sont pas partie à ce protocole, ils reconnaissent néanmoins la valeur coutumière de cet article particulier. Enfin, tout combattant jugé pour violation aux conventions de Genève se voit normalement appliquer les garanties du régime de répression pénal contenu dans l'article 146 de la IV^o convention¹⁷, qui ne doivent pas être inférieures aux conditions de jugement d'un prisonnier de guerre.

Ces trois sources de garanties s'appliquent quelle que soit la nationalité du détenu, donc bien à ceux exclus de la protection de la IV^o convention, notamment les membres non afghans d'Al Qaeda. Sur la base de ces textes, il apparaît que le régime réservé par l'Administration américaine à ces

¹⁴ IV^o convention de Genève, article 4(2).

¹⁵ Conventions de Genève, article 3 commun. Article prévu à l'origine pour s'appliquer aux conflits armés non internationaux exclus de la compétence des quatre conventions, la jurisprudence internationale en a étendu l'applicabilité aux conflits armés internationaux (CIJ, arrêt, *Nicaragua contre Etats-Unis*, 1986).

¹⁶ Protocole additionnel I aux conventions de Genève, article 75 – Garanties fondamentales.

détenus exclus des deux conventions entre en contradiction avec les pratiques généralement acceptées par les Etats. Même si ces garanties semblent sur certains points moins fortes que celles accordées aux prisonniers de guerre et aux « civils » au sens des conventions, elles s'en rapprochent néanmoins et n'autorisent pas tortures, traitements inhumains et jugement par des tribunaux qui ne respecteraient pas des garanties d'équité suffisantes. Ainsi, même pour cette catégorie de prisonniers, les procédures des commissions militaires ne paraissent pas suffisantes. Il est à noter que pour une partie des juristes, ces protections tendent même à se rapprocher de celles accordées aux prisonniers de guerre dans certains domaines¹⁸, contraignant ainsi fortement les Etats détenteurs comme les USA.

Au total, la lecture restrictive du DIH faite par les USA, qui les fait osciller entre violation et contournement, semble à la fois contestable et inopportune. Elle est contestable pour les raisons exposées et elle est inopportune¹⁹ car elle semble en réalité inutile. En effet, si les statuts de prisonniers de guerre et de civils sont certes protecteurs et sont rejetés à ce titre par les Etats-Unis, ils ne les empêcheraient pas pour autant de détenir et de juger les individus ayant violé le DIH ou ayant commis des crimes au regard des lois nationales. A l'inverse, dénier ces statuts n'autorise pas à pratiquer des traitements inhumains ou à détenir indéfiniment des prisonniers sans incrimination et jugement, quelle que soit leur nationalité. Ce qui fait conclure à certains analystes qu'il s'agit d'une position de refus pur et simple, déguisée derrière un argumentaire juridique fragile, afin de faire tomber toutes les limites légales qui pourraient constituer la moindre entrave à l'action sans contrôle des Etats-Unis dans la lutte contre le terrorisme.

Aux doutes soulevés par les pratiques américaines relatives au DIH s'ajoute aussi la question de leur légitimité à dénier les protections offertes par le droit international des droits de l'homme à l'ensemble de leurs prisonniers.

I-2 – L'applicabilité du droit international des droits de l'homme aux prisonniers des conflits armés et aux détenus des opérations de police internationale

La position des Etats-Unis vis-à-vis du DIDH dans la lutte contre le terrorisme pose problème sur deux plans. Ils en nient d'abord de manière récurrente l'applicabilité lors des conflits armés, durant lesquels seul le DIH serait éventuellement invocable. Ils nient aussi avoir, hors situation de conflits armés, à l'appliquer de manière extraterritoriale, ce quel que soit le statut des personnes arrêtées ; autrement dit leurs agents, lorsqu'ils se trouvent sur un territoire hors de la souveraineté des USA,

¹⁷ IV^o convention de Genève, article 146.

¹⁸ JINKS Derek, « The declining significance of POW status », *Harvard Law Journal*, volume 45, n^o2, Harvard, été 2004, p.422 et suivantes.

¹⁹ Notamment POWELL Colin, *Draft decision memorandum for the President on the applicability of the Geneva Convention to the conflict in Afghanistan*, 26 janvier 2002 (www.americanprogress.org).

seraient dispensés de le respecter. Or, ceci entre en contradiction avec la lecture habituelle faite de ce droit, dans un domaine sensible en ce qu'il touche aux garanties fondamentales des individus.

I-21- DIDH et détenus des conflits armés

Indépendamment de la question de l'applicabilité du DIH, les détenus des conflits armés bénéficient aussi normalement des garanties du DIDH, quel que soit leur statut au regard des conventions de Genève. Selon un principe partagé par la plupart des Etats, le bénéfice d'une source de protection n'exclut pas celui de la seconde : l'existence d'un conflit armé international ne suspend donc pas les garanties fondamentales des droits de l'homme, comme l'a rappelé récemment la Cour internationale de justice²⁰.

Il existe concrètement une complémentarité entre les deux, en précisant toutefois que dans les cas de conflits armés, c'est le DIH qui l'emporte quand les deux droits couvrent des situations similaires. Par défaut, si ce dernier ne s'applique pas, le DIDH entre pleinement en action. Autrement dit, dans le cas des USA, les prisonniers qui se sont vus dénier l'applicabilité des conventions de Genève –ce qui est déjà contestable- devraient bénéficier au moins du DIDH. Cette protection est particulièrement importante pour les ressortissants non afghans dont la nationalité les exclut du bénéfice de la IV^o convention ; elle vient compléter les garanties minimales de l'article 3 commun, de l'article 75 du protocole additionnel I et du régime de répression pénal des conventions de Genève, pour constituer un corps incompressible de protections.

Il existe néanmoins dans les traités relatifs aux droits de l'homme une disposition qui autorise la suspension, sous conditions strictes, de certaines garanties quand la sécurité nationale est en jeu²¹, argument qu'avancent aussi les Etats-Unis pour justifier le traitement des détenus. La liste de ces garanties pouvant être suspendues varie d'un traité à l'autre, mais certains droits intransgressibles en sont formellement exclus quelles que soient les circonstances, tels que le respect de la vie, de l'intégrité physique, l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. La sécurité nationale ne permet donc pas de justifier une annulation des droits élémentaires.

Au total, tout détenu d'un conflit armé bénéficie donc, même si le DIH lui est refusé, de garanties fondamentales en matière de conditions de détention, d'interrogatoire, mais aussi en termes d'accès à un tribunal de la puissance détentric, afin que le non respect de ses droits garantis soit sanctionné. Or, le refus des autorités américaines d'appliquer le DIDH semble ouvrir la voie à des pratiques contestables dans les centres de détention –même si l'Administration a donné des garanties quant à l'application des standards minimaux américains- et prive les détenus du droit de faire appel de leur situation devant une juridiction.

²⁰ CIJ, avis consultatif, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, paragraphe 106, 9 juillet 2004.

²¹ Notamment l'article 4 du PIDCP.

I-22- DIDH et détenus des opérations de police internationale

En parallèle des deux conflits armés, plusieurs milliers de personnes, soupçonnées d'appartenir à Al Qaeda ou à d'autres groupes, ont été arrêtées dans des opérations de police internationale contre le terrorisme, hors Afghanistan et Irak. Celles arrêtées par les agents américains, ou à eux livrées, ont soit été rendues à leur Etat d'appartenance, soit ont été traitées comme les détenus pris dans les conflits –livrés à d'autres Etats moins regardants, gardés dans le réseau des prisons américaines à l'étranger ou transférés à Guantánamo. Au regard du droit international, ces opérations de police ne peuvent être considérées comme étant des parties d'un conflit armé, même si les USA les intègrent dans la guerre contre le terrorisme. Le DIH ne peut donc leur être appliqué. En revanche, ces arrestations obéissent normalement à des procédures particulières, ces prisonniers devant être considérés comme criminels présumés et donc incriminés au regard des codes pénaux nationaux, éventuellement pour violations du DIH s'ils ont auparavant participé aux deux conflits cités.

Le DIDH en particulier leur est normalement applicable. Les traités afférents stipulent que les Etats signataires doivent en appliquer les dispositions aux individus qui se trouvent dans leur champ de compétence. En droit international, cette compétence s'entend en général de manière restrictive comme s'exerçant uniquement sur le territoire sous souveraineté. Or, en matière de droits de l'homme, la compétence s'entend de manière plus large, en fait dès le moment où une personne est sous le contrôle et la responsabilité effective de l'Etat²², indépendamment du lieu. Ainsi, nonobstant la nationalité et le lieu de capture et de détention de leurs prisonniers, les Etats-Unis devraient être tenus d'appliquer les normes du DIDH quand leur compétence est établie.

Or, ces détenus des opérations de police ont eux aussi été catégorisés comme *ennemis combattants* par les Etats-Unis –et non comme criminels présumés- et l'application du DIDH leur est par eux refusée. Ce qui a notamment donné lieu à des traitements contraires à ce droit et à des transferts dont la légalité est contestable : arrestations sur le territoire américain suivies d'un transfert à un autre Etat que celui d'appartenance, arrestations par les agents américains sur un territoire étranger suivies du transfert à un Etat tiers, ou arrestations par des autorités nationales suivies d'un transfert à un Etat tiers en passant ou non par les offices d'agents américains. Le refus de l'application extraterritoriale du DIDH est contestable sur plusieurs plans.

I-221- Compétence américaine sur des territoires non américains

La compétence d'un Etat s'exerce normalement quand le contrôle qu'il exerce sur un territoire est suffisant pour que sa responsabilité en termes de DIDH s'applique. Trois situations sont visées. La première est l'occupation à la suite d'un conflit ; l'Afghanistan et l'Irak ont donc été concernés après les invasions. La seconde situation est le déploiement de forces sur un territoire étranger à l'invitation du gouvernement souverain, à condition que l'Etat invité exerce effectivement une responsabilité sur

²² BORELLI Silvia, « Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the “war on terror” », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, volume 87, n°857, Genève, mars 2005, p.55-56.

les actes du gouvernement légitime. Cette hypothèse couvre donc les territoires afghan et irakien après le transfert d'autorité aux nouveaux gouvernements. Dans ces deux situations, les individus détenus par les forces américaines -et éventuellement par les forces locales si l'on admet leur dépendance vis-à-vis des forces coalisées- devraient donc bénéficier des garanties des droits de l'homme.

La troisième situation concerne les territoires étrangers où s'exerce dans les faits la responsabilité des USA avec le consentement de l'Etat souverain. C'est typiquement le cas des bases à l'étranger -comme celle de Guantánamo à Cuba²³, celles ouvertes de part le monde dans le cadre de la lutte contre le terrorisme voire antérieurement, ou encore Diego Garcia-, quand le degré de latitude laissé à l'« occupant » est suffisant pour considérer que le contrôle lui en a été transféré²⁴. Les USA devraient donc appliquer le DIDH dans ces cas d'extraterritorialité.

I-222- Actions extraterritoriales d'agents américains

La responsabilité des Etats-Unis peut aussi être retenue dans le cas d'opérations menées par des agents américains à l'étranger, sur des territoires où ne s'exerce pas la compétence des USA et donc où ne jouent pas leurs obligations conventionnelles en matière de DIDH. La posture protectrice des juges internationaux est cependant de considérer que le fait d'exercer un contrôle sur la personne détenue suffit à faire jouer des garanties au bénéfice du détenu : que l'opération ait été menée ou pas avec le consentement de l'Etat souverain, les agents étrangers ne doivent pas pouvoir enfreindre les règles qu'ils n'enfreindraient pas sur leur territoire national²⁵. C'est le contrôle *de facto* exercé sur l'individu arrêté qui fonde l'obligation. L'Etat détenteur n'est pas dans ce cas contraint à respecter l'ensemble des garanties contenues dans les traités, mais au moins ses *obligations négatives* –les interdictions comme les exécutions extrajudiciaires, la torture... Ces cas sont fréquents depuis 2001, que les agents américains aient agi avec l'accord des autorités locales ou de manière clandestine²⁶.

I-223- Le principe de non refoulement

Indépendamment de la question du degré de contrôle exercé par les USA sur un territoire ou un individu, une autre situation existe où les pratiques des agents sont susceptibles d'engager la responsabilité de leur Etat d'appartenance au regard de ses obligations de DIDH. Dans les cas de remise de détenus à d'autres gouvernements, quand il existe un risque ou un doute que l'individu subisse des violations du DIDH dans l'Etat d'accueil, alors l'Etat qui l'a remis peut en être également tenu pour responsable²⁷. Le fondement de cette responsabilité est simplement le lien de causalité entre le transfert et le traitement reçu suite au transfert. Cette règle s'applique quelles qu'aient été les

²³ Traité entre les États-Unis d'Amérique et la République de Cuba, Location de bases navales et charbonnières, 2 juillet 1903.

²⁴ Commission inter-américaine, *Precautionary Measures in Guantánamo Bay*, 12 mai 2002.

²⁵ BORELLI Silvia, *op. cit.*, p.61, citant le Comité des droits de l'homme sur l'application du PIDCP de 1966.

²⁶ En février 2005, des agents américains ont enlevé en Italie, sans accord des autorités locales, un ressortissant égyptien qui y résidait, avant de le livrer pour interrogatoire aux autorités égyptiennes.

²⁷ PIDCP, article 2 et jurisprudence afférente.

modalités de transfert –extradition, expulsion, remise...- et quels que soient le statut et les éventuelles incriminations qu'encourt l'intéressé. Elle est valable même si le prisonnier n'était pas détenu sur le territoire même des Etats-Unis, et y compris dans les cas particuliers décrits *supra* de situations particulières de contrôle exercé par les USA.

Cette hypothèse couvre donc tous les cas de transferts douteux effectués par les USA pour faire disparaître, interroger plus aisément ou faire détenir des terroristes présumés par des Etats étrangers moins regardants sur les droits de l'homme. Ils semblent bien constituer des violations.

Il faut ajouter que le traitement des citoyens américains pris dans les mêmes circonstances est plus favorable que celui des ressortissants étrangers. Il semble que tous les Américains arrêtés soient détenus sur le territoire des USA et poursuivis le cas échéant par la justice fédérale, devant laquelle leurs droits sont mieux garantis. Aucun n'aurait été transféré à Guantanamo, seuls quelques-uns restant emprisonnés par des Etats étrangers avec l'accord de l'Administration. Cette discrimination est nettement en décalage avec les principes du droit international.

Cette analyse succincte des obligations d'un Etat au regard du DIH et du DIDH, qui suggère des violations ou contournements nombreux par les Etats-Unis, éclaire les décisions et débats intervenus depuis aux Etats-Unis sur le sujet.

I-3 - Le débat interne aux Etats-Unis : une réaffirmation du droit ?

Des décisions récentes des juridictions américaines semblent indiquer une relative réaffirmation du DIH et du DIDH, ou pour le moins une meilleure acceptation de leur applicabilité. Il convient néanmoins de rester prudent dans la mesure où ni la Cour suprême ni l'exécutif n'ont affirmé de façon tranchée leur soumission à ces normes, engendrant ainsi toujours une jurisprudence erratique.

I-31 – Les arrêts de la Cour suprême de juin 2004

En 2004, la Cour suprême a eu à connaître des recours en *habeas corpus*²⁸, formulés par des prisonniers de la guerre contre le terrorisme soit en leur nom propre, soit par des associations de défense des droits de l'homme. Le point contesté était la légalité de leur détention et de leur qualification en *combattants ennemis*. Ces cas ayant donné lieu à des jugements contradictoires de la part des juridictions inférieures –en première instance et en appel-, la Cour a été amenée à se prononcer en tant que juridiction souveraine de l'architecture judiciaire, administrative et constitutionnelle américaine. Elle a rappelé dans trois affaires quelques principes essentiels.

²⁸ Dans les systèmes juridiques anglo-saxons, procédure subsidiaire qui constitue un recours contre une détention illégale. Elle autorise le détenu à dénoncer les violations constitutionnelles dont il s'estime victime.

I-311- Décisions relatives aux prisonniers aux mains des Etats-Unis

Dans les arrêts *Hamdi v. Rumsfeld*²⁹ et *Rumsfeld v. Padilla*³⁰ étaient en cause des citoyens américains arrêtés en Afghanistan lors des opérations et catégorisés sur décision présidentielle comme *combattants ennemis* pour association avec le régime des Taliban. Dans la première affaire, après des décisions contradictoires de cours inférieures, la Cour suprême a décidé d'annuler le jugement antérieur et de renvoyer le cas aux juridictions inférieures. La Cour a considéré que tout détenu pouvait contester sa qualification de *combattant ennemi* devant une autorité neutre –« *a neutral decision maker* ». Dans la seconde affaire, la Cour a renvoyé le cas aux juridictions inférieures, étant donné que les juridictions qui avaient connu du recours en *habeas corpus* de M. Padilla n'étaient pas compétentes en l'espèce. Elle n'a donc pas eu à se prononcer sur la question de savoir si le Président pouvait ou non l'arrêter. Il est cependant possible d'estimer que, si les juridictions inférieures avaient été compétentes, la décision aurait été la même que pour M. Hamdi.

Dans l'affaire *Rasul v. Bush*³¹, les questions de droit international qui se posaient étaient différentes, dès lors que les demandeurs n'étaient plus des citoyens américains. Bien qu'ils aient été également arrêtés en Afghanistan, la Cour suprême a dû trancher une question préalable de compétence. Il s'agissait de savoir si les tribunaux des Etats-Unis pouvaient examiner la légalité de la détention d'étrangers, capturés à l'étranger dans le cadre d'un conflit armé, et qui se trouvaient détenus en un lieu situé à l'étranger –Guantánamo. La Cour a reconnu la compétence des juridictions américaines et affirmé que le fait qu'ils soient détenus à l'étranger n'excluait en rien cette compétence, les USA exerçant une « *complete jurisdiction and control* » sur la base militaire.

Elle a donc au total nettement contredit dans ces affaires l'argumentation de l'exécutif quant au traitement des *combattants ennemis*.

I-312- Une jurisprudence marquante mais de portée limitée

Toutefois, la Cour n'apporte pas de réponses suffisamment tranchées susceptibles d'encadrer nettement l'action de l'Administration et les jugements ultérieurs des tribunaux quant à l'applicabilité du droit international afférent.

Tout d'abord, elle ne s'est pas prononcée clairement sur l'applicabilité des instruments de protection du DIH et du DIDH au profit des prisonniers. Elle n'a fait appel à ces normes internationales qu'à la marge, préférant se référer aux droits garantis par la Constitution et le droit américains. En n'adoptant donc pas le canevas protecteur des conventions de Genève, elle n'a pas eu à statuer sur la légalité même du statut d'*ennemi combattant*, notamment pour les prisonniers liés aux Taliban. La question de leur requalification en prisonniers de guerre a donc été évitée, tout comme l'applicabilité des garanties liées à ce statut –il se serait notamment posé la question de la légalité des

²⁹ Cour suprême, *Hamdi v. Rumsfeld*, 28 juin 2004.

³⁰ Cour suprême, *Rumsfeld v. Padilla*, 28 juin 2004.

³¹ Cour suprême, *Rasul v. Bush*, 28 juin 2004.

commissions militaires pour les juger. La Cour a également évité ainsi de se prononcer sur la nature des garanties à accorder aux membres d'Al Qaeda, ainsi que sur les individus arrêtés lors des opérations de police internationale.

En outre, si elle a rejeté la prétention de l'Administration à pouvoir détenir des individus suspects de manière indéfinie sans qu'ils aient accès à un conseil et à un tribunal indépendant pour contester leur statut, elle n'a en revanche ni imposé que le conseil soit un avocat –ouvrant ainsi la voie à la simple désignation d'officiers par l'Administration pour assister les prisonniers-, ni précisé le statut et les procédures des tribunaux chargés de la révision des classifications. Quant à la durée de la détention, la Cour a précisé qu'elle ne pourrait se poursuivre sans jugement au-delà de la fin des hostilités sur le terrain où les prisonniers avaient agi. Mais elle a aussi concédé au gouvernement que la définition du champ de bataille était délicate, les combats n'ayant pas vraiment cessé en Afghanistan et les actions d'Al Qaeda n'étant pas exclusivement menées dans ce pays. Ce qui pose un problème encore accru pour les prisonniers faits hors de ce pays dans la *Global War on Terror*, qui par définition n'a ni frontière ni fin prévisible. Pour aucune des catégories de prisonniers, un délai raisonnable pour les inculpations et les jugements n'est donc nettement imposé. La Cour accepte en outre l'inversion de la charge de la preuve, qui revient au prisonnier contestant sa qualification.

Il faut aussi noter qu'il n'est pas clairement affirmé par les juges que la compétence américaine reconnue sur Guantánamo pourrait s'étendre aux autres lieux de détention américains de par le monde. De plus, si la Cour reconnaît que les ressortissants étrangers de ce camp bénéficient des recours en *habeas corpus* au même titre qu'un citoyen américain, elle ne remet pas en cause le fait que ceux qui seront confirmés *ennemis combattants* ne pourront ensuite être jugés que par les commissions militaires, au contraire des citoyens américains qui bénéficient des cours fédérales et des garanties de la défense. Les juges ne reviennent donc pas sur le traitement discriminatoire entre ressortissants nationaux et étrangers, établi par l'Administration et condamné par les normes internationales.

Ces décisions de la Cour suprême ont été critiquées pour leur retenue par des juristes américains³², dans la mesure où elles ne réaffirment pas de manière claire les garanties pourtant inscrites dans la Constitution ou la jurisprudence passée de la Cour, sur le traitement des prisonniers, le droit à un procès équitable et dans des délais raisonnables, et la nécessaire prise en compte du droit international afférent, y compris pour des ressortissants étrangers.

I-32 – L'évolution récente de la position des juridictions américaines et de l'exécutif

L'exécutif et les juridictions ont pris en compte les limites et exigences posées par la Cour suprême dans ses trois arrêts, mais en les interprétant diversement, soit *a minima*, soit au contraire de manière plus exigeante. Les principaux éléments méritent d'en être soulignés.

³² Notamment DWORKIN Ronald, « What the Court really said », *New-York Review of Books*, volume 51, n°13, New-York, août 2004.

I-321- La question du statut des prisonniers de Guantánamo

Si l'Administration américaine a fait évoluer sa position depuis ces arrêts, sa logique générale reste la même. Elle continue de considérer que la situation de *guerre contre le terrorisme* reste exceptionnelle et mérite donc un traitement exceptionnel.

La principale mesure pour se conformer aux arrêts de la Cour suprême a été la création en juillet 2004 à Guantánamo de tribunaux d'examen du statut de combattant –*Combatant Status Review Tribunals* (CSRT)- permettant aux prisonniers de contester leur statut en faisant valoir les obligations juridiques internes et internationales auxquelles est soumis l'exécutif. Juridictions plus administratives que judiciaires, ils sont basés sur les procédures militaires américaines permettant de classer les prisonniers de guerre lors des conflits classiques : leurs membres ainsi que le conseil du détenu sont des officiers américains ; les éléments de preuves sont exposés par les deux parties sans qu'il y ait véritablement une procédure contradictoire avec défense. Au 15 novembre 2005, tous les détenus encore présents sur la base avaient vu leur statut vérifié : 520 ennemis combattants ont été confirmés comme tels, 38 « innocents », dont 23 allaient être rendus à leurs pays d'origine³³.

Toutefois, se référant à la fois aux garanties exigées par la III^e convention de Genève et au droit interne, un juge de première instance³⁴ a depuis lors qualifié les CSRT d'alternatives non judiciaires qui ne sauraient se substituer à un recours formel en *habeas corpus* devant une cour fédérale. L'Administration a alors décidé d'accepter de tels recours judiciaires, tout en maintenant une première qualification par les CSRT de tout détenu de Guantánamo. Ceci n'a pas empêché par la suite deux juges de première instance, de deux cours différentes et sur deux cas très similaires, de diverger à nouveau : l'un a affirmé l'inutilité même des CSRT, en arguant de la totale latitude du Président pour qualifier un prisonnier d'*ennemi combattant* en vertu de l'AUMF³⁵ ; l'autre à l'inverse les a jugés insuffisants, se basant sur les garanties constitutionnelles et internationales de tout prisonnier³⁶.

Le pouvoir législatif a finalement, après une relative absence du débat depuis 2001, adopté un amendement de compromis entre les deux logiques³⁷. Les CSRT sont validées mais le statut qu'ils décident pour un prisonnier peut être contesté devant la justice fédérale. Toutefois, seul un recours simplifié est autorisé et sans liberté de choix de la juridiction -la Cour du District de Columbia est seule compétente. Les éléments qui seront étudiés par le juge ne garantissent pas non plus un procès équitable au sens usuel : l'argumentation de l'exécutif tendra à être prépondérante, même si les éléments de preuve par lui présentés manquent de substance.

³³ Organisation des Nations unies, Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains, cruels ou dégradants, additif Etats-Unis d'Amérique*, 6 mai 2005.

³⁴ District of Columbia Circuit, *Hamdan v. Rumsfeld*, 8 novembre 2004.

³⁵ District of Columbia Circuit, *Khalid v. Bush*, 19 janvier 2005.

³⁶ District of Columbia Circuit, *Re Guantánamo Detainee Case*, 31 janvier 2005.

³⁷ Sénat des Etats-Unis, Amendement Graham-Levin, 10 novembre 2005.

I-322- La question du jugement des ennemis combattants

La question du jugement des détenus confirmés *ennemis combattants* pour violation des lois et coutumes de la guerre donne aussi lieu depuis les arrêts de juin 2004 à des interprétations contraires.

Le cas des citoyens américains incriminés et détenus par les USA est en voie de résolution, confirmant le traitement discriminatoire avec les ressortissants étrangers dans la même situation. Les quelques Américains concernés sont désormais emprisonnés sur le territoire américain et sont progressivement traduits devant la justice fédérale –notamment M. Padilla-, ou expulsés –notamment M. Hamdi, double national américain et saoudien, qui a été déchu de sa citoyenneté américaine. Ceci met fin à leur détention illimitée sans inculpation.

En revanche, rien ne s'oppose à la poursuite de la détention illimitée et sans mise en examen des étrangers. Seul quelques-uns ont été reconnus par l'exécutif comme remplissant les conditions pour être jugés par les commissions militaires ; les autres risquent d'attendre la fin hypothétique de la *GWOT* sans jugement. Un amendement du Sénat³⁸ a en outre durci le droit à faire appel des sentences de ces commissions : seules les condamnations à la peine de mort ou à une peine supérieure à 10 ans de réclusion ouvriront droit à un appel devant la justice fédérale. Mais la position novatrice d'un juge de première instance a relancé le débat sur l'applicabilité du DIH³⁹. Reconnaisant la validité des conventions de Genève pour le théâtre afghan, il a contesté le droit du Président d'établir des commissions militaires pour le jugement des prisonniers, car non conformes à la III^o convention et au droit américain. Le jugement a été cassé en appel mais la Cour suprême a reconnu sa compétence pour l'étudier et donc statuer sur la légalité des commissions militaires⁴⁰.

Malgré cette position de la Cour, l'exécutif a souhaité que les procès devant les commissions militaires puissent débiter. Cependant un juge de première instance a ordonné l'interruption de l'un d'eux en avançant l'effet suspensif de la décision des juges suprêmes. La décision finale revêtira donc une grande importance pour l'avenir des *ennemis combattants*.

I-323- Questions relatives aux prisonniers à l'étranger et aux droits de l'homme

Deux aspects méritent d'être encore commentés : le cas des prisonniers détenus par un Etat étranger et le respect des droits de l'homme en général. Pour le premier, dans l'affaire *Abu Ali v. Ashcroft*⁴¹, une cour de première instance a ouvert la voie à la reconnaissance de la responsabilité de l'exécutif pour les détentions de citoyens américains par des Etats tiers et au nom des Etats-Unis. Le juge a en effet statué que les juridictions américaines sont compétentes pour connaître des recours en *habeas corpus* d'individus placés dans une telle situation, quand il est établi qu'il s'agit en fait d'une détention à l'étranger pour le compte des Etats-Unis. Ce jugement contredit donc l'argumentation de l'Administration selon laquelle les recours seraient impossibles du simple fait que le lieu de détention

³⁸ *Ibid.*

³⁹ District of Columbia Circuit, *Hamdan v. Rumsfeld*, 8 novembre 2004.

⁴⁰ Cour suprême, 7 novembre 2005. Le cas sera entendu en 2006.

est situé à l'étranger. Au contraire, lorsque les droits fondamentaux des citoyens américains sont en jeu, les pratiques de l'exécutif ne sauraient être soustraites au contrôle du juge américain. Ce détenu a depuis été rapatrié et mis en examen. Le problème reste néanmoins entier pour les ressortissants étrangers se trouvant dans le même cas, qui ne disposent d'aucun recours devant la justice américaine.

Sur la question des droits de l'homme, ni les arrêts de la Cour suprême ni les critiques internes ou internationales n'ont eu grand effet. Malgré des condamnations de plus en plus étayées⁴², l'Administration continue de justifier la rudesse des conditions de détention, son réseau de prisons de par le monde, et la détention et les interrogatoires dans des pays aux manières contestables, par la nécessité d'adapter les moyens employés à la menace nouvelle. Toutefois, le pouvoir législatif a par un amendement du Sénat⁴³ réaffirmé l'interdiction de traitements inhumains pour les détenus des USA, conduisant à l'adoption par le Président d'une loi interdisant ces pratiques⁴⁴ ; mais ce texte est difficilement applicable dans la mesure où il est presque impossible pour les détenus de contester leurs conditions d'emprisonnement et dans la mesure où la question de la définition de la torture et des pratiques coercitives licites reste en suspens. A tel point que, bien que des doutes existent dans certaines affaires sur le fait que des aveux ont été obtenus sous la coercition, les juges les retiennent malgré tout comme éléments de preuve. En fait, l'argumentaire de l'Administration sur la torture, qui a évolué devant les critiques⁴⁵, se positionne toujours à la limite de l'acceptable, cherchant à relâcher au maximum les contraintes pesant sur ses agents.

Enfin, le 3 mars 2006, un tribunal de première instance enjoignait l'exécutif à rendre publics les noms de tous les détenus de Guantánamo, ce à quoi l'Administration s'était refusée jusque-là.

L'exemple des prisonniers de la guerre contre le terrorisme, qui continue donc à donner lieu aussi bien à de fortes querelles juridiques internes qu'à de vives critiques externes, est un exemple assez paroxystique des rapports complexes entretenus par les USA avec le droit international, à la frontière entre la violation et le contournement. Ce cas particulier n'est qu'une facette de la position américaine dans l'ordre international ; il s'inscrit en fait dans une *politique juridique extérieure* globale qui semble culminer depuis la fin de la Guerre froide.

⁴¹ District of Columbia Circuit, *Abu Ali v. Aschroft*, 16 décembre 2004.

⁴² En particulier ONU, Conseil économique et social, *Situation of detainees at Guantánamo Bay*, New-York, 15 février 2006.

⁴³ Sénat des Etats-Unis, Amendement McCain, 6 octobre 2005.

⁴⁴ Congrès des Etats-Unis, *Detainee Treatment Act*, 30 décembre 2005.

⁴⁵ Notamment GONZALES Alberto (conseiller présidentiel), *Decision reapplication of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with Al Qaeda and the Taliban*, 25 janvier 2002 (www.americanprogress.org) et Département de la justice, *Standards of conduct for interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, 1^o août 2002 (www.washingtonpost.com).

II° PARTIE – LES RAPPORTS AMBIGUS ENTRE LES ETATS-UNIS ET LE DROIT INTERNATIONAL : UNE *POLITIQUE JURIDIQUE EXTERIEURE* QUI ATTEINT SON PAROXYSMES AU LENDEMAIN DE LA GUERRE FROIDE

Le rapport des Etats-Unis au droit international est un des éléments de leur politique étrangère. Loin de considérer, à rebours de beaucoup d'Etats, le développement des normes internationales comme un bien en soi, l'Amérique développe à leur égard une posture qui traduit son aspiration à s'imposer dans l'ordre international. Entre méfiance et instrumentalisation, il se développe une *politique juridique extérieure* qui permet de préserver l'indépendance tout en maximisant l'influence exercée. Cette stratégie juridique, accentuée depuis la fin de la Guerre froide de par la puissance hégémonique acquise, modèle à son tour les relations internationales et ne semble pas devoir rencontrer d'oppositions internes ou externes suffisantes pour la contester dans les années à venir.

II-1- Les Etats-Unis et le monde : la politique étrangère d'une puissance hégémonique

Les rapports des USA au droit international doivent être replacés dans la perspective de leur politique étrangère, synthèse contemporaine de traditions anciennes. De ces sources découle une relation au monde très particulière, qui explique que la position américaine vis-à-vis du droit international est loin d'être constante et univoque.

II-11 – La politique étrangère américaine, synthèse de traditions propres

Cette politique est le fruit d'une combinaison des traditions politiques parfois contradictoires, qui ont bâti l'Amérique puis accompagné le développement de sa puissance et qui perdurent aujourd'hui, adaptées aux enjeux du moment.

II-111- Fondements de la politique étrangère américaine

L'objectif de la politique étrangère américaine est la défense de l'intérêt national, entendu comme la poursuite de quatre objectifs : la puissance, la paix, la prospérité et les principes⁴⁶. Dans un système international jugé désordonné et dangereux, affirmer sa *puissance*, éventuellement par la force, est pensé comme une condition de la souveraineté de l'Etat. Néanmoins, la *paix* est aussi recherchée, qui passe par l'élaboration d'un ordre mondial basé sur des règles et des instances internationales, la reconnaissance des autres acteurs étatiques et une coopération -qui n'empêche pas l'affirmation d'une suprématie. Quant à la *prospérité*, elle est un objectif central de l'Amérique capitaliste, placé au cœur des relations internationales, et passe notamment par l'expansion d'un commerce international libre d'entraves. Reste les *principes*, valeurs fondamentales de la démocratie

⁴⁶ DAVID Charles-Philippe, BALHAZAR Louis, VAISSE Justin, *La politique étrangère des Etats-Unis. Fondements, acteurs, formulation*, Presses de Sciences-po, Paris, 2003, p.71 et suivantes.

américaine confinant à l'exceptionnalisme, qu'il convient à la fois de défendre et de promouvoir à l'extérieur.

Ces objectifs complémentaires constituent le cœur de la politique étrangère, autour d'un style national constant ; mais l'accent a été selon les périodes mis davantage sur l'un ou l'autre, selon l'orientation présidentielle. Une classification historique intéressante de ces grands courants de pensée politiques est celle de M. Mead⁴⁷, qui propose une lecture de la doctrine américaine subdivisée en quatre écoles qui ont dominé la politique extérieure, qu'il rattache à des personnages ayant marqué l'histoire des USA. Chacune met plutôt l'accent sur l'un des quatre objectifs de l'intérêt national. *Alexander Hamilton*, premier secrétaire au Trésor, donne son nom à une politique de préservation des intérêts commerciaux américains dans le monde et de défense de la liberté des mers, menée par un exécutif fort. Cette quête de la *prospérité* débouche sur des relations internationales pacifiées, une intégration économique et des gains mutuels. Elle n'exclut toutefois pas de réagir à l'émergence d'un éventuel compétiteur, éventuellement par une alliance de circonstance. Les *principes* sont davantage mis en avant par *Thomas Jefferson* (président, 1801-1809), soucieux de protéger l'ordre démocratique fragile et singulier qui définit l'Amérique. Le gouvernement doit protéger les valeurs nationales sur le territoire plutôt que de chercher à les promouvoir à l'extérieur ; la force de l'exemple suffira à les faire adopter à l'étranger, les interventions devant être bannies. A *Andrew Jackson* (président, 1829-1837) est davantage associée la *puissance* : il incarne un ensemble de valeurs qui ont aussi forgé les USA, autour de populisme anti-élitaire, d'égalitarisme, d'individualisme, de confiance dans les instincts moraux et politiques des citoyens. Il convient de défendre avant tout le bien-être et la sécurité de ces derniers, sans hésiter à employer la puissance à l'extérieur. *Woodrow Wilson* (président, 1913-1921) enfin, formalise une tradition missionnaire ancienne, à la fois religieuse et laïque, cherchant à faire partager au monde l'ordre politique supérieur dont bénéficie l'Amérique et les valeurs universelles dont elle est porteuse. Droits de l'homme et valeurs démocratiques deviennent partie intégrante d'une politique étrangère en quête d'une *paix* bénéfique. Il s'agit d'une combinaison bien particulière entre une obligation morale à l'égard de l'extérieur et une défense des intérêts nationaux qui repose sur un environnement interétatique stable régi par le droit. C'est la confluence de ces quatre veines qui va former tout au long du XX^e siècle le courant de la politique étrangère des USA. Quand l'une semble dominer par moment, les autres viennent l'influencer ou la tempérer.

II-112- Les courants de pensée contemporains

Plusieurs grilles de lecture ont été proposées par des auteurs pour catégoriser les courants de pensée contemporains, en tenant compte de telles données historiques. Un classement semble particulièrement pertinent⁴⁸, qui synthétise les courants actuellement structurants en un *isolationnisme*,

⁴⁷ MEAD Walter Russel, *Sous le signe de la providence*, Odile Jacob, Paris, 2003, p.101 et suivantes.

⁴⁸ DAVID, BALTHAZAR, VAISSE, *op. cit.*, p.80.

un *idéalisme*, un *réalisme* et un *internationalisme libéral*. Les deux derniers paraissent dominer, mais laissent une place à un idéalisme persistant et à un isolationnisme plus marginalisé.

Bien que discrédité par la place prépondérante occupée par les USA dans la globalisation, l'*isolationnisme* se manifeste toujours ponctuellement dans une version conservatrice jacksonienne très protectrice, éventuellement agressive envers l'extérieur, mais aussi dans une tendance libérale qui préconise une politique étrangère minimaliste. Quant à l'*idéalisme*, il survit au moins dans le discours récurrent sur l'exceptionnalisme, voire dans un véritable sens de la mission exprimé par toutes les Administrations successives. Il se décline en une tendance libérale wilsonienne maximaliste kantienne et en un courant conservateur, qui recourt aux grands principes universels pour justifier une politique extérieure en réalité vouée à la suprématie des USA et à la promotion de l'économie de marché.

Beaucoup plus marquant est le *réalisme*, qui fait de la puissance l'élément central des relations internationales, réservant la morale à la sphère privée et aux relations sociales. La vie politique, notamment les relations entre Etats, serait au contraire basée non sur une moralité mais sur des rapports de force dans un environnement anarchique. Dans ce jeu de rivalités, seul l'équilibre permet la paix : la politique étrangère est alors marquée par la défense de l'intérêt national et est limitée par le champ du possible –et non du licite-, mais accepte néanmoins une certaine mesure afin d'assurer une paix durable. Mais ce courant réaliste, omniprésent dans les deux grands partis et la politique américaine depuis 1945, est contrebalancé par l'*internationalisme libéral*. Soucieux lui aussi d'assurer un leadership américain, ce courant constate toutefois que les USA et leur puissance ne peuvent se suffire à eux-mêmes : il s'agit donc de bâtir une architecture reposant sur le multilatéralisme et sur des institutions internationales, qui intègre la multiplicité des acteurs. Il convient néanmoins de rester vigilant vis-à-vis des tentations trop idéalistes et irréalistes d'un tel système, en conservant notamment une distance critique vis-à-vis des grands principes universels. Le système construit autour des Nations Unies en 1945 a été pour l'Amérique le champ d'application de ces préceptes.

Sous chaque présidence, c'est un dosage de ces courants qui est mis en œuvre, jamais une ligne pure. Au total, l'épine dorsale de la politique étrangère récente a été constituée autour de la tension entre réalisme et internationalisme libéral, sans qu'aient disparu les éléments d'idéalisme et parfois d'isolationnisme. Si la paix est toujours recherchée, la lecture du monde et les solutions à appliquer diffèrent, dans un jeu d'influences entre responsables politiques, intellectuels, parlementaires et opinion publique. Ce qui génère selon les moments des politiques extérieures davantage unilatéralistes, multilatéralistes ou minimalistes.

II-12 – Les rapports ambigus d'une puissance hégémonique au droit international : entre exceptionnalisme sincère et service d'intérêts nationaux

Poser ce cadre intellectuel est nécessaire, même au risque de trop le conceptualiser, afin de comprendre l'apparente ambiguïté qui préside aux relations entre les Etats-Unis et le droit international.

II-121- Courants de pensée et droit international

Seule la tradition idéaliste accorde au droit international une valeur en soi, étant entendu que ce droit doit être une transposition à l'ordre international des principes qui ont gouverné à la naissance de l'ordre politique américain : supériorité des valeurs morales, démocratie et droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, règne de la règle de droit, inadmissibilité des changements par la force. Les autres traditions lui donnent en revanche une place limitée, l'envisageant davantage comme un moyen de servir l'intérêt national que comme une valeur à promouvoir en soi. Ainsi l'isolationnisme tend à en ignorer la valeur, tandis que le réalisme le considère comme un danger en ce qu'il lie les Etats et leur dénie la capacité à adapter leur politique en fonction des nécessités du désordre international. En outre, l'idée même d'égalité souveraine entre Etats qui prévaut en droit lui est inacceptable. Quant à l'internationalisme libéral, il reste ouvert à un ordre juridique interétatique, mais sans en faire un absolu et en veillant à ce qu'il ne se développe que conformément aux intérêts américains.

Au lendemain de la seconde Guerre mondiale, les USA ont réussi une synthèse entre le réalisme –d'où un ordre international basé sur l'équilibre- et un internationalisme libéral teinté d'idéalisme – d'où des éléments d'un ordre plus démocratique autour de l'ONU. Le multilatéralisme accepté depuis 1945 avec une distance plus ou moins critique est vu à la fois comme un forum de légitimation et un outil de projection pour mener à bien la mission que s'assignent les USA -faire partager leur système de valeurs. Il n'est pas possible de comprendre ce rapport au droit international sans garder à l'esprit qu'*intérêt national* et *valeurs* sont intimement liés dans l'imaginaire et la politique américains ; ces *intérêts* ne doivent pas être compris comme purement égoïstes, ils sont également vus comme bénéfiques pour le reste du monde ; de même, les *valeurs* américaines doivent être partagées, pas seulement dans la mesure où elles favorisent l'Amérique, mais aussi de par leur portée absolue, pour le bénéfice de tous. La mise en œuvre de ce messianisme nécessite alors un cadre institutionnel international, mais aussi la possibilité de s'en distancier.

D'où le paradoxe apparent qui s'esquisse ainsi, traduction de l'exceptionnalisme américain : d'une part les responsables de la conduite de la politique étrangère sont conscients, même dans l'aile conservatrice du Parti républicain, de la valeur de bien public international que revêt le droit international, accepté par ailleurs par une majorité d'Etats ; défini avec ou sans les USA, celui-ci constitue le socle d'un ordre public international. Mais d'autre part, sceptiques vis-à-vis d'un droit éventuellement déviant et dépourvu de moyens de sanction en cas de transgression, les USA se réservent le droit de s'en affranchir, afin de l'empêcher de dériver contre leurs intérêts propres, mais aussi pour le préserver en l'empêchant de se désintégrer.

II-122- Une situation aujourd'hui paroxystique

La Guerre froide terminée, l'internationalisme a semblé prévaloir sous les présidences de M. Bush puis de M. Clinton, avec une confiance accrue dans le droit et les institutions internationales. L'équilibre créé après 1945 se maintenait ainsi, les USA exerçant une « hégémonie bienveillante » sur

leurs alliés, traditionnels et nouveaux, qui lui reconnaissaient une prééminence en échange d'une garantie de sécurité. Mais il était inévitable que cet équilibre éclate, libérant les forces politiques américaines de l'exigence de retenue et de discipline dictée par la cohésion du camp occidental.

Ce bouleversement est intervenu en trois étapes successives. La première rupture a été celle de la victoire des Républicains aux élections de mi-mandat de 1994, leur assurant la majorité dans les deux chambres et renforçant l'influence jacksonienne souverainiste jusqu'ici contenue. Le rôle du Sénat évoluait alors : de rempart traditionnel de la légalité devant les empiètements d'un exécutif tenté par le jeu d'une *realpolitik* trop appuyée, cette institution a adopté une position active de défense de la souveraineté nationale face à la prétendue menace représentée par les Nations Unies et le droit international. L'Administration Clinton n'a pu que freiner les velléités républicaines de s'extraire plus ou moins explicitement des normes juridiques internationales pourtant acceptées par les USA, notamment en matière de désarmement et de non prolifération.

La deuxième rupture a été l'élection de M. Bush en 2001, qui a introduit au cœur du pouvoir l'aile la plus conservatrice des spécialistes de politique étrangère. Celle-ci défend une doctrine hégémonique, qui remet en avant la mission singulière d'une Amérique débarrassée des contraintes du multilatéralisme. Arrivent ainsi sur le devant de la scène les tenants d'idées assez radicales sur le droit international, praticiens ou intellectuels notamment néoconservateurs⁴⁹. La position de M. Kagan est parmi eux intéressante, pour qui les normes internationales seraient en fait une arme des Etats faibles pour se protéger contre la brutalité des rapports de force et brider la tendance à l'unilatéralisme des puissants⁵⁰. Pour Kagan, ce système international est illusoire, car il part du présupposé erroné que les Etats acceptent l'ordre pacifique, d'inspiration européenne et se voulant universel, qui prévaut autour des Nations Unies. L'anarchie qui domine en réalité naturellement dans un univers « hobbesien » rend cet ordre multilatéral inefficace, voire dangereux. Dans les faits, seule la puissance américaine serait pour lui à même de défendre efficacement les valeurs occidentales, éventuellement en ayant recours à la force. L'ONU cristallise alors toutes les attaques de ces nouveaux décideurs américains.

La troisième rupture est celle radicale apportée par les attentats du 11 septembre 2001, qui vient accentuer les évolutions de politique extérieure déjà engagées depuis 1994. La *National Security Strategy* de septembre 2002 formalise cette évolution, à travers une doctrine ignorant presque explicitement les références à la Charte des Nations Unies et légitimant une approche de la sécurité fondée sur les actions préventives face aux menaces nouvelles comme le terrorisme ou les armes de destruction massives. Il s'agit aussi d'exporter, de manière plus ouverte encore, les valeurs américaines comme la démocratie et l'économie de marché en tant que moyens de lutter contre les causes du terrorisme. Mais cette doctrine va au-delà : tout Etat même allié devient aussi une « cible » potentielle des Etats-Unis ; l'objectif stratégique affiché est de maintenir au profit des USA

⁴⁹ SALAME Ghassan, *Quand l'Amérique refait le monde*, Fayard, Paris, 2005, p.262 et suivantes.

⁵⁰ KAGAN Robert, « Power and weakness. Why the United States and Europe see the world differently », *Policy Review*, n°113, juin-juillet 2002.

l'unipolarité du système international, en préservant avec les autres puissances potentielles un écart les dissuadant de chercher à rivaliser avec eux. Il devient clair que cette stratégie ne saurait se laisser entraver par les limitations du multilatéralisme et des normes juridiques contraignantes.

Au total, une forme de réalisme dur l'emporte nettement sur les tendances internationalistes. Au-delà même d'un équilibre des Etats, version classique du réalisme, les USA semblent accentuer leur tentation hégémonique, instaurant une forme d'« ordre par l'empire » -avec les réserves qui accompagnent la validité d'un tel concept. Cet ordre met à mal les éléments d'« ordre par l'équilibre » réaliste et d'« ordre démocratique » internationaliste qui prévalaient⁵¹.

Le fait que les USA sont à ce moment la seule grande puissance explique ainsi l'évolution de leur attitude face au droit international. Toutefois, les relations entre droit international et hégémonie sont complexes. Ces deux éléments semblent de prime abord contradictoires et irréconciliables : le premier apparaît comme le domaine de l'égalité souveraine, où la raison et la justice prévalent ; le second apparaît comme le lieu des rapports de puissance. Dans la réalité, les interactions entre la grande puissance hégémonique et le droit ne sont pas univoques. Il convient donc de ne pas caricaturer les positions américaines et de ne pas les réduire à un rejet pur et simple des normes internationales. En particulier, le droit se développant de manière accrue entre Etats et organisations internationales, il devient de plus en plus prenant dans les relations internationales et les acteurs autres que les USA l'intègrent de façon croissante. L'Amérique doit prendre en compte cette tendance, afin au moins de ne pas s'exclure d'elle-même des processus d'élaboration des normes juridiques ; en outre, l'hégémonie a aussi besoin d'une certaine reconnaissance de sa légitimité, dont le droit international est un vecteur fort ; enfin, ce droit peut être un instrument même d'exercice de la puissance.

Il convient donc d'envisager l'attitude américaine depuis la fin de la Guerre froide avec recul : les USA d'un côté oscillent entre réticence et demande d'un développement du droit ; le droit lui-même d'un autre côté résiste en même temps qu'il est influencé par la puissance dominante du moment. La politique américaine est donc loin d'être tranchée ; elle exprime certes une aversion forte pour la contrainte, mais laisse à l'inverse une place parfois significative et très variable à l'existence d'un ordre international régi par le droit.

Certains auteurs décèlent dans cette attitude une véritable stratégie. Constante depuis 1945, elle serait aujourd'hui plus marquée, de par l'hégémonie exercée à cet instant de l'histoire des relations internationales par les Etats-Unis.

⁵¹ MOREAU DESFARGES Philippe, *L'ordre mondial*, 3^e éd., collection U, Armand Colin, Paris, 2003, p.51.

II-2- La politique juridique extérieure, une instrumentalisation croissante du droit

Toute une gamme d'attitudes des USA face au droit international peut être identifiée : une acceptation dans certains domaines jugés favorables, un retrait dans des cas extrêmes où les USA se sentent menacés et, entre ces deux extrêmes, soit la tentative de faire évoluer le droit dans un sens favorable, soit l'échappatoire qui consiste à utiliser le droit national pour influencer l'ordre international. Il apparaît donc clairement que cette posture est loin d'être monolithique.

II-21 – Deux extrêmes : promouvoir ou combattre le droit

Les USA oscillent en général entre deux extrêmes, l'instrumentalisation et le refus du droit.

II-211- Adhésion et instrumentalisation

Pour l'Amérique, le droit international est utile en ce qu'il permet la *régulation* des relations internationales par des normes et institutions qui créent visibilité et sécurité juridique, la *pacification* de ces relations, qui fait adhérer tous les Etats à un système dont ils deviennent des acteurs reconnus égaux, et la *stabilisation* des relations, qui préserve dans la durée ce que l'Amérique a pu imposer. D'où une adhésion, voire une promotion des normes internationales, qui a aussi le caractère d'une instrumentalisation, les domaines d'acceptation restant soigneusement choisis. Mais le droit joue aussi en sens inverse, influençant les USA : ce pays intériorise dans une certaine mesure les normes internationales, même si c'est surtout la recherche des avantages qui motive son acceptation du droit.

Les USA ont ainsi été très tôt un acteur majeur du développement du droit au profit de leurs positions. Après 1945, ils en ont joué en cherchant à stabiliser le nouvel ordre mondial qui leur était favorable et à se prémunir d'un éventuel déclin –notamment en organisant le domaine clef de l'économie et des finances à leur avantage. Ils ont aussi cherché à se protéger lors de l'émergence d'un monde bipolaire, en promouvant la naissance de l'ONU en particulier. Aujourd'hui, le commerce et les investissements internationaux restent deux domaines où l'utilité stratégique du droit et la légitimité des instances de régulation comme l'Organisation mondiale du commerce sont reconnues. Ceci s'explique notamment par le fait que les USA sont très concurrencés par l'Europe dans ces champs et que ces mécanismes multinationaux sont favorables à une grande économie comme la leur.

II-212- A l'inverse, des refus du droit international

A l'opposé, le droit international pose des problèmes à une puissance ; il est difficile de l'adapter en fonction des intérêts nationaux du moment, dans la mesure où élaboration et modification des normes prennent du temps et requièrent le consentement des autres parties, l'égalité souveraine⁵² des Etats prévalant et entraînant une égalité des volontés. Ce principe entraîne aussi une égale application des normes à tous –petits comme grands. Même la puissance américaine ne peut contourner que partiellement ces contraintes en pesant sur ses interlocuteurs. Ceci est d'autant plus

marqué quand il s'agit de traités multilatéraux : il est difficile d'imposer sa volonté dans une négociation face à plusieurs partenaires. Il s'avère également difficile d'intégrer à un traité des mesures inégales favorisant la puissance dominante : ces cas deviennent rares et demandent des justifications croissantes⁵³. En outre, la force du droit augmente aujourd'hui d'autant plus que les développements récents des traités et de la jurisprudence sont de plus en plus précis et limitatifs.

Au total, l'attitude des USA dépend de l'intérêt qu'ils trouvent à maintenir un *statu quo* dans un domaine, ou au contraire à souhaiter s'en extraire si les normes deviennent trop contraignantes à élaborer et à respecter. Le contexte politique intérieur du moment intervient aussi, qui fait varier le seuil d'acceptabilité du droit. Ce choix va aussi dépendre des sources de légitimation disponibles à un moment donné : si les USA disposent d'instruments plus adéquats que les traités et se trouvent en position de force, ils peuvent privilégier d'autres biais que le droit pour satisfaire leurs intérêts et rechercher une légitimité minimale. Ce qui explique notamment leur méfiance forte vis-à-vis de l'ONU, accrue depuis 1994, à chaque fois que le contrôle de cette organisation semble leur échapper. Ils n'hésitent alors plus à la mettre à l'écart pour privilégier d'autres enceintes ou des alliances *ad hoc*.

Mais il convient de rester prudent. Le refus ne signifie pas forcément un retrait complet ou une violation. Il est vrai qu'une partie des intellectuels et membres de l'Administration, fondamentalement hostiles au droit international, œuvrent à limiter radicalement par principe le recours au traité. L'exemple de la Cour pénale internationale –CPI-, qui cristallise les critiques et le rejet, n'est qu'un extrême⁵⁴. De tels cas d'auto-exclusion radicale des normes et mécanismes internationaux, même si très marquants, ne sont pas la pratique la plus courante. Quant aux violations, il est souvent difficile d'en identifier les cas avérés. Dans les faits, l'on est le plus souvent -comme dans les cas décrits dans la première partie de ce travail- en face de contournements du droit ou d'argumentations juridiques tendant à prouver que le droit ne s'applique pas au cas d'espèce. Cette argumentation est classique, le droit international présentant nécessairement certaines failles ; face à des circonstances données, il n'est pas toujours clair que ses normes s'appliquent. Ce d'autant plus que, résultats de négociations et donc de compromis, les traités laissent parfois un certain flou volontaire. Quant à la coutume, elle est aisément sujette à contestation. Jouant sur ces difficultés, mais soucieux néanmoins de conserver leur légitimité et reconnaissant au moins implicitement une certaine force au droit, les Etats –même les USA- évitent donc de violer explicitement leurs obligations et cherchent plutôt à démontrer qu'ils se trouvent dans une situation où ils échappent légitimement à la contrainte.

Il est néanmoins permis de penser que, depuis quelques années, les USA visent à limiter structurellement la portée du droit international, en tentant de soustraire de son application des pans entiers des relations interétatiques. Pour ce faire, des catégories de sujets de droit particulières sont

⁵² Charte des Nations Unies, article 2(1).

⁵³ Le Traité de non prolifération de 1968 en particulier montre actuellement ses limites face au cas iranien.

⁵⁴ Les critiques tournent autour de l'atteinte à la souveraineté américaine : les citoyens américains ne sauraient être jugés que par des cours américaines, et l'éventualité de voir des dirigeants américains mis en cause est

créées par l'Administration, auxquelles le droit existant ne s'appliquerait pas. Il s'agit notamment d'élaborer des régimes juridiques différenciés pour certains types d'Etats comme les « Etats voyous », dont l'attitude justifierait qu'ils soient soumis à un régime de sanctions unilatéral américain. Ils se retrouveraient ainsi traités selon un régime spécial par la justice américaine et s'exposeraient à des attaques préventives⁵⁵. Ceci équivaut à nier leur pleine souveraineté et à justifier le rétablissement d'une forme d'impérialisme implicite. Certaines catégories d'individus sont aussi visées par une telle exclusion des garanties du droit. C'est le cas des terroristes présumés et des *combattants ennemis* de la *GWOT* qui ne bénéficient pas, ou de manière particulièrement restreinte, des garanties du DIH et du DIDH, y compris de certaines garanties de base pourtant généralement reconnues comme de nature coutumière voire absolument intransgressibles. Ces catégories d'Etats ou d'individus sont une construction intellectuelle des USA, que ni les normes ni la jurisprudence n'ont de fait envisagées.

Une dernière option favorisée par les USA pour s'extraire du droit contraignant est d'éviter le recours au traité. Depuis 1945, les USA n'ont été partie qu'à 60% des conventions ratifiées auprès de l'ONU, contre 79% pour les autres Etats et 93% pour ceux du G8. Le phénomène semble s'accroître, avec le refus en particulier de ratifier le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires de 1996 – empêchant son entrée en vigueur-, le protocole de Kyoto de 1997 sur le changement climatique ou la convention d'Ottawa de 1997 sur les mines antipersonnel. Une extrémité a été atteinte avec le retrait de la signature apposée au traité de Rome de 1998 créant la CPI⁵⁶. En outre, à défaut de rejeter simplement les traités, les USA assortissent ceux qu'ils ratifient de réserves⁵⁷, parfois telles qu'elles vident le texte de ses effets ; le Sénat a désormais exclu toute ratification de conventions internationales qui ne pourraient être accompagnées de telles réserves -autre raison du rejet des conventions d'Ottawa et de Rome qui les excluaient. A l'extrême, il reste la possibilité de cesser de respecter l'esprit des accords, attitude parfois à la limite de la violation⁵⁸. Le domaine du désarmement et de la non prolifération l'illustre : la dénonciation du traité ABM⁵⁹ en 2002 en particulier a fragilisé toute l'architecture du processus de désarmement et les USA semblent être revenus sur le principe de l'irréversibilité des réductions d'armements nucléaires, issu des négociations et traités multilatéraux et généralement respecté. Cette clause est en effet ignorée par la *Nuclear Posture Review* de 2002, qui prévoit le maintien en réserve et non la destruction des armes en surnombre ; la même faculté est préservée par le dernier traité bilatéral russo-américain de 2002.

inacceptable ; la possibilité pour le procureur de la CPI de s'autosaisir est en outre une garantie de trop grande indépendance de la Cour, qui risque d'échapper au contrôle des Etats et du Conseil de sécurité.

⁵⁵ *National Security Strategy of the United-States of America*, septembre 2002, p.17.

⁵⁶ Le retrait de signature n'est pas prévu dans le droit qui régit les traités ; un traité signé peut en revanche ne pas être ratifié, mais l'Etat s'engage à ne pas prendre de mesures contraires au texte qu'il a signé. Certains textes comportent toutefois une clause de dénonciation explicite soumise à des conditions.

⁵⁷ Déclaration unilatérale d'un Etat venant moduler la portée d'un engagement conventionnel.

⁵⁸ Le principe *pacta sunt servanda*, littéralement « les engagements doivent être observés », est un élément de base du droit des traités.

⁵⁹ Traité sur la limitation des systèmes de défense anti-missiles -*Anti Ballistic Missiles*-, 26 mai 1972.

II-22 – Deux voies moyennes : influencer l’élaboration des normes ou imposer à l’extérieur le droit national

Mais les USA se situent souvent entre ces deux extrêmes, cherchant à obtenir une évolution favorable du droit international, ou utilisant le droit interne pour peser sur les relations interétatiques.

II-221- Favoriser une inégalité légale en reformulant le droit

Les USA cherchent en quelque sorte, en influençant le droit international, à créer à leur profit une inégalité entre Etats et à lui donner la réalité ou l’apparence de la légalité.

La première option est le traité bilatéral, notamment dans le champ économique et financier. Il permet de mieux peser sur un interlocuteur unique lors des négociations et de conférer à un Etat partenaire un statut privilégié par rapport aux autres. Ce type de traité génère du droit reconnu –légal et légitime-, tout en reflétant mieux les intérêts américains qu’ils ne le seraient dans un cadre multilatéral. A l’extrême, le recours au traité bilatéral permet de se prémunir des effets non souhaités d’un autre traité non ratifié par les USA : le meilleur exemple est celui des accords garantissant la non remise des citoyens américains à la Cour pénale internationale, pris sur la base du statut de la Cour⁶⁰, qui ont été signés de manière parfois secrète et sous forte pression américaine.

La seconde option est de rendre le droit moins contraignant. Ainsi, si l’on met à part le domaine commercial –OMC notamment-, les Etats-Unis refusent les mécanismes centralisés d’application, en particulier quand il s’agit de tribunaux. La CPI, les organes de contrôle prévus par les conventions relatives aux droits de l’homme, ou la Cour internationale de justice⁶¹ voient ainsi leur compétence rejetée par les USA. Ces derniers recherchent plutôt l’émergence de règles de gouvernance non conventionnelles –le *soft power*-, préférées à des normes juridiques obligatoires. Il y a là une réticence structurelle à déléguer des compétences à des acteurs internationaux, surtout ceux dotés de pouvoirs contraignants.

S’inscrit aussi dans cette tendance la volonté d’assouplir le droit à leur profit. En mettant en particulier en valeur les notions de *communauté internationale* et de *valeurs partagées* à défendre, les USA ont pu notamment modifier les pratiques d’usage de la force. Les interventions au Kosovo en 1999, en Afghanistan en 2001 ou en Irak en 2003 ont ainsi été davantage légitimées au nom de ces idées d’inspiration très occidentale, voire américaine, que justifiées d’un point de vue strictement légal. Ces idées permettent de faire évoluer le droit dans un sens favorable aux intérêts américains. Les résolutions du Conseil de sécurité fondant les deux tribunaux pénaux internationaux, ou l’émergence d’un droit d’ingérence quand des violations graves du DIH ou du DIDH sont commises, procèdent de cette extension du champ de compétence que s’autorise le Conseil, sous l’influence des USA.

⁶⁰ Statut de la CPI, article 98.

⁶¹ Les Etats-Unis ont retiré leur reconnaissance facultative de compétence obligatoire de la CIJ en 1984, bien qu’initialement consentie, après avoir été attirés par le Nicaragua pour atteinte à sa souveraineté. La Cour avait reconnu sa compétence dans cette affaire et condamné les USA.

Ces derniers se sont aussi attaqués directement aux règles régissant l'usage de la force. Il s'agit d'un point particulièrement sensible pour une puissance hégémonique, car le droit la contraint alors qu'elle a besoin d'une grande liberté d'action. Mettant en avant les menaces nouvelles de déstabilisation de la paix et de la sécurité internationales, les USA travaillent sur trois axes : l'extension des résolutions du Conseil de sécurité à des situations particulières internes à des Etats – notion d'ingérence-, l'idée d'une légitime défense face non plus seulement à des Etats mais aussi contre des entités non étatiques, et le droit à une préemption entendue dans un sens moins restrictif que celui de la légitime défense traditionnelle. Au total, un certain assouplissement du *jus ad bellum* a été obtenu, en mettant à profit l'affaiblissement des opposants traditionnels au sein du Conseil. Les USA se posent ainsi en garants de l'ordre public international, exigeant en contrepartie une latitude accrue.

La troisième option, quand il ne semble pas opportun ou possible de rendre le droit international moins contraignant pour tous les Etats, est de rétablir une hiérarchie étatique implicite dans les effets de l'application des normes. La résurgence du Conseil de sécurité –par définition inégalitaire- et l'élargissement de ses pouvoirs y participent. Les institutions financières internationales ont aussi accru leur rôle et leurs effets sur les politiques, voire les structures de nombreux Etats en difficulté ; or, les USA sont prépondérants en leur sein. Enfin, l'Administration pousse à l'adoption de certains traités, ou en influence les négociations dans le sens de son propre intérêt national, tout en ne les signant ou en ne les ratifiant pas *in fine*. Les autres Etats y sont donc soumis, les USA s'excluant eux de leur force contraignante. Ils se retrouvent ainsi au-dessus de la loi.

II-222- Remplacer le droit international par le droit interne

Ces trois premières stratégies étant difficiles à mettre en œuvre, les USA tendent aussi à utiliser leur droit et leurs juridictions internes pour influencer sur l'ordre international. Cette pratique s'apparente à la gestion souple d'un « empire », où le gouvernement direct de l'ensemble n'est pas possible et souhaitable. L'influence s'exerce alors par la projection du droit interne vers l'extérieur.

Il faut citer ici la promotion des mécanismes de certification basés sur des critères d'inspiration américaine, et dont le non respect entraîne des sanctions. Ce qui revient, dans des domaines comme les droits de l'homme, l'environnement, la prévention du terrorisme, à demander aux Etats ou entreprises étrangers d'appliquer un droit proche du droit américain, en y conditionnant les aides financières et l'accès au marché des USA. Ces règles sont souvent proches de celles du droit international, mais le contrôle est exercé par les USA eux-mêmes, qui s'excluent *de facto* dudit contrôle. Ces normes servent parfois aussi à rendre exécutoire le droit international existant dans des domaines comme le commerce -utilisation par exemple de la section 301 du *Trade Act*⁶².

⁶² Le *Trade Act* de 1974 (section 301) autorise le Président des USA ou son représentant pour le commerce, saisi par les secteurs concernés, à prendre des mesures contre des pays qui affectent les intérêts commerciaux des USA. La négociation bilatérale avec les pays en cause est prioritaire mais, en cas d'échec, le Président se réserve le droit d'imposer des sanctions. L'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 durcit le système (section super 301 et section spéciale 301 pour la propriété intellectuelle) et autorise une auto-saisine par les autorités.

D'autre part, les USA n'hésitent pas dans certains cas à faire exercer à leurs tribunaux une compétence extraterritoriale, qui enfreint les règles de la compétence personnelle et territoriale classique d'un Etat, comme dans le cas des deux lois de 1996 d'Amato-Kennedy et Helms-Burton⁶³, qui visent des sujets de droit non américains.

Il peut s'agir enfin de diffuser des règles informelles d'inspiration nationale, sans caractère contraignant mais qui permettent, une fois intériorisées par les autres Etats, d'établir une forme de domination des standards américains, comme en matière de bonne gouvernance, de droits de l'homme, de séparation des pouvoirs, de régulation économique, de standards techniques. A l'extrême, on assiste à une forme de privatisation de règles internationales d'inspiration américaine, menée par des acteurs américains privés qui, de par leur présence globale et légitime, s'affranchissent des contraintes que l'Etat américain peut rencontrer : il s'agit notamment des règles édictées par des associations d'acteurs privés, comme les normes ISO⁶⁴, les codes sur l'environnement ou les conditions de travail, l'ICANN⁶⁵, ou par les agences de *rating* jugeant des capacités des Etats à honorer leur dette.

Ces pratiques ont été accentuées depuis la fin de la Guerre froide, en l'absence de réel contre-pouvoir international. La question se pose alors de savoir si cette tendance se confirmera ou si les USA pourraient revenir à une meilleure acceptation des règles et mécanismes internationaux.

II-3 – L'avenir : un droit international marqué par l'hégémonie américaine

Dans l'ordre international, les USA rencontrent peu d'oppositions à leur stratégie juridique, qui vise d'ailleurs à les prévenir ou à les affaiblir. Il convient donc de savoir si, au plan interne, les contre-pouvoirs juridiques et politiques sont en revanche de nature à faire évoluer cette position.

II-31 – L'aspect juridique : quelle prise en compte du droit international dans la jurisprudence de la Cour suprême ?

Les rapports actuels entre les Etats-Unis et le droit international posent la question de la manière dont le droit international est pris en compte dans l'ordre juridique interne américain par les différentes juridictions. Car l'aversion américaine vis-à-vis du droit issu de l'ordre juridique externe semble en contradiction avec le juridisme pointilleux qui règne dans l'ordre interne. Cette aversion différencie les USA par rapport à la majorité des Etats de droit : car si l'on peut se douter que les

⁶³ La première vise à sanctionner les entreprises non américaines entretenant des relations commerciales d'une certaine intensité avec l'Iran ou la Lybie, en particulier en matière d'investissements pétroliers. La seconde édicte des pénalités contre des entreprises non américaines coupables d'utiliser des biens nationalisés par le gouvernement cubain après 1959.

⁶⁴ *International Organization for Standardization*.

⁶⁵ *Internet Corporation for Assigned Numbers and Names*, société privée américaine gérant la régulation technique du réseau des réseaux Internet, sous droit américain et contrôle de l'Administration pour toute autorisation de nouveau domaine (.fr, .org...).

normes de nature coutumière sont sujettes à caution devant les cours américaines, il apparaît que même les traités ratifiés par les Etats-Unis suscitent une méfiance, qui s'est accentuée ces dernières années. La jurisprudence même de la Cour suprême vient confirmer cette tendance.

II-311- Les règles constitutionnelles pour l'insertion du droit international

Pour les Etats, deux questions se posent : comment intégrer les normes internationales en droit interne, puis quelle place leur accorder dans la hiérarchie des normes nationale. Pour le premier point, les constitutions nationales adoptent une attitude soit *moniste* –les ordres interne et externe sont considérés comme unis, le droit international est d'emblée reconnu comme intégré dans la hiérarchie des normes-, soit *dualiste* –les deux ordres ne sont que juxtaposés, le droit international doit être transposé par une norme nationale en droit interne pour être opposable devant une cour-, soit parfois hybride. Pour le deuxième point, les normes internationales acquièrent le plus souvent une valeur infra constitutionnelle mais supra légale.

La Constitution américaine semble défendre une position moniste en ce qui concerne l'incorporation du droit international : les traités ratifiés par le Sénat deviennent « *the supreme Law of the Land* »⁶⁶, acquérant valeur de droit interne. En fait, la Cour suprême a adopté dans son interprétation de la Constitution une attitude plutôt dualiste, en rappelant que ce droit devait d'abord être incorporé dans l'ordre interne pour devenir invocable. Pour les juges, il existe une autonomie marquée entre ordres interne et externe : le droit national emprunte certes au droit international la substance d'une règle, mais toute reconnaissance de cet emprunt à un ordre qui n'a pas de légitimité à s'imposer aux USA est récusée ; la règle est censée n'avoir une origine que purement interne. Les traités ne seraient donc généralement pas invocables en l'état devant les cours américaines, même si ratifiés : un texte de transposition est nécessaire, qui sera le texte opposable par les parties.

En ce qui concerne la place du droit international une fois inséré dans l'ordre interne, la Constitution ne consacre pas sa supériorité sur la loi, mais place les traités au même niveau que le droit fédéral. En vertu du principe *lex posterior derogat priori*, des règles fédérales postérieures pourront donc déroger aux règles internationales antérieures pourtant acceptées. Une lecture parfois plus radicale transparaît même dans la jurisprudence de la Cour : le traité ne répondant pas aux mêmes critères de légitimité que le droit interne, il aurait une valeur inférieure au droit interne⁶⁷. Mais cette pratique remet en cause une jurisprudence bien établie selon laquelle une loi ne saurait contredire un traité antérieur que si l'intention du législateur est explicitement formulée dans ce sens.

Dans les arrêts récents, la place accordée au droit international demeure au total limitée, la Cour préférant se baser sur des règles de droit interne, notamment dès qu'il s'agit de DIH ou de DIDH. Ainsi dans l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld*, elle évite de reconnaître que le plaignant est fondé à invoquer le

⁶⁶ Constitution des Etats-Unis d'Amérique, article VI, clause 2, aussi dénommée « *Supremacy Clause* ».

⁶⁷ PEYRO LLOPIS Ana, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue générale de droit international public*, 2005, p.614 et suivantes.

DIH devant les tribunaux américains ; elle préfère se baser sur le droit interne pour reconnaître au plaignant le droit de faire un recours en *habeas corpus*. Quand il s'agit non plus d'utiliser le droit international incorporé, mais simplement d'interpréter le droit américain au regard des obligations internationales contractées par les USA, la Cour hésite moins à faire appel à celles-ci. Toutefois, elle évite de reconnaître qu'elles sont directement à l'origine de sa décision, reconnaissant simplement qu'elles viennent confirmer sa position, qui reste fondamentalement une décision souveraine⁶⁸.

Cette forme de « régression » dans la jurisprudence récente de la Cour va à l'encontre du mouvement général d'infiltration du droit international dans les ordres juridiques des Etats de droit. Mais il est nécessaire d'en tenir compte pour bien comprendre la position des pouvoirs exécutif et législatif face au droit international.

II-312- Une jurisprudence plutôt « politique »

Il apparaît que la Cour tient compte, dès qu'elle aborde des considérations internationales, de la volonté politique du moment, telle qu'elle se manifeste à travers les actes des pouvoirs exécutif et législatif : le droit international n'est pris en considération dans sa jurisprudence que quand il est manifestement soutenu par les pouvoirs politiques. Cette attitude n'est pas seulement due à l'appartenance partisane des juges à un moment donné, même si celle-ci influe nécessairement. Elle est un facteur structurel dans les rapports entre les trois pouvoirs, de telle sorte que les décisions de la Cour ne peuvent être détachées de leur contexte : la place du droit international demeure souvent liée davantage à la conjoncture politique qu'à des considérations juridiques. Il semble qu'en matière d'affaires étrangères, la Cour recherche en effet davantage une bonne répartition des rôles et une bonne coordination entre les pouvoirs, plutôt que le respect des engagements internationaux. Sa jurisprudence autorise donc les juridictions inférieures à rechercher et à prendre en compte, pour les cas qu'elles ont à connaître, des critères d'orientation auprès du pouvoir politique, que celui-ci respecte ou au contraire enfreigne les obligations internationales contractées.

Par exemple, dès lors que la volonté de l'exécutif est claire de respecter un engagement international, le but de la Cour suprême peut être que le Congrès adopte les mesures nécessaires pour le mettre en œuvre, permettant ainsi aux tribunaux de l'appliquer. A l'inverse, quand l'autorisation d'emploi de la force a été donnée par le Congrès à l'exécutif en 2001⁶⁹ au-delà de ce que permet le droit international, la Cour l'a implicitement accepté, reconnaissant ainsi à l'Administration la possibilité de déroger au droit, notamment à l'interdiction de l'emploi de la force armée telle que définie par le droit coutumier et par la Charte des Nations-Unies⁷⁰. Elle a reconnu la légitimité de cet emploi contre des Etats, organisations ou personnes présentant un lien avec les attaques terroristes de 2001. Or, jamais les normes internationales n'ont envisagé que les deux dernières catégories puissent

⁶⁸ *Ibid*, p.636.

⁶⁹ AUMF.

⁷⁰ Charte des Nations unies, article 2(4).

être ainsi visées : seuls des Etats peuvent être l'objet de l'exercice de la légitime défense de la part d'un autre Etat agressé, et ce dans des conditions très restrictives⁷¹. Or, dans ses arrêts précités de juin 2004, sans aller jusqu'à reconnaître explicitement le bien-fondé de la violation, la Cour s'abstient de la condamner et évite de se prononcer sur la conformité des décisions américaines au droit international. Un autre exemple, qui concerne les arrestations à l'étranger, est explicite : la Cour a déjà légitimé l'enlèvement par des agents américains d'un étranger dans son pays pour le traduire devant la justice américaine⁷², à rebours des règles internationales en la matière.

Mais si cette volonté de la Cour d'harmoniser les différents pouvoirs ayant à se prononcer par rapport à l'incorporation du droit international dans l'ordre interne permet de diluer les contradictions intérieures, elle n'est pas un frein assez efficace contre les éventuelles violations du droit par les USA. Au contraire, quand elle tolère voire entérine ces violations, la Cour est alors susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat américain pour non respect de ses engagements.

Pour autant, il serait abusif de penser que sa jurisprudence récente est un blanc-seing pour l'exécutif. On observe d'une part une volonté de la Cour d'un équilibre entre pouvoirs : un Congrès et une Cour capables de contrebalancer l'exécutif sont fondamentaux. D'autre part et surtout, elle s'est référée récemment à plusieurs reprises aux limites de l'exécutif, particulièrement dans les arrêts précités de juin 2004. La Cour a cherché à déterminer la limite entre des situations dans lesquelles, en raison de l'état de guerre, il était possible d'opérer un assouplissement des contraintes juridiques pesant sur le gouvernement, et les situations où le droit devait être exécuté tel quel, indépendamment de l'existence d'un état de guerre. La Cour reconnaît d'un côté que la défense de l'intérêt national peut justifier certaines dérogations au droit, surtout quand les mécanismes internationaux sont jugés inefficaces à assurer la paix et la sécurité internationale. Mais d'un autre côté ces dérogations doivent être strictement définies : la protection de l'intérêt national est soumise à des principes fondamentaux qui ne sauraient être violés. Le pouvoir exécutif est en effet soumis à l'état de droit, qui prime sur tout autre pouvoir. Mais encore une fois la notion d'état de droit entendue par la Cour fait une place limitée au droit international : soit elle ne s'y réfère pas, soit elle le fait passer par le prisme du droit interne.

Ainsi, les espoirs fondés de voir la juridiction suprême américaine encadrer l'action de l'exécutif par le droit international de manière plus stricte sont à relativiser. Ce qui explique que l'Administration n'ait eu à modifier qu'à la marge ses pratiques relatives aux prisonniers et qu'un contentieux lourd continue à apparaître. La Cour suprême n'est pas l'institution qui s'opposera systématiquement aux écarts des deux autres pouvoirs. Elle est elle-même partie d'un système institutionnel au fonctionnement bien particulier. Ceci est particulièrement vrai quand il s'agit du droit international : ses décisions sont alors le résultat de majorités internes difficilement obtenues entre juges suprêmes dont les avis divergent parfois radicalement.

⁷¹ Charte des Nations Unies, article 51.

⁷² Cour suprême, *U.S. v. Alvarez-Machain*, 15 juin 1992.

II-32 – L’aspect politique : forces et faiblesses des mécanismes d’autocontrôle

Les ruptures récentes semblent donc marquer un degré supplémentaire dans la prise de distance des USA avec un ordre international légal et politique qu’ils ont largement contribué à fonder. Même s’ils l’avaient déjà violé ou contourné, les infractions étaient restées suffisamment modérées pour ne pas accréditer l’idée que le droit international risquait de se désintégrer. Même lors de la prise de majorité des Etats du tiers-monde à l’Assemblée générale de l’ONU grâce à la décolonisation, la réaction américaine n’avait pas été aussi radicale et le réalisme dur ne l’avait pas autant emporté sur les aspirations à l’internationalisme. Existe-t-il pour autant encore des éléments modérateurs au sein même du système politique américain qui évitent une rupture radicale d’avec l’ordre international ?

II-321- Le jeu démocratique et la politique juridique extérieure

Pour y répondre, il faut rappeler que cette politique juridique extérieure est consubstantielle au fonctionnement de la démocratie américaine et à la politique étrangère qui en découle ; c’est un processus purement interne, où les facteurs internationaux ne sont que seconds. La source des mécanismes de dérives et de retenue n’est donc à chercher qu’au sein des institutions nationales. Un détour est ici nécessaire par les rouages de la décision politique : l’intérêt public n’est pas défini par une élite seule, mais est l’objet d’une compétition légitime entre individus, groupes, associations. C’est ce processus en recomposition permanente qui ordonne la vie politique du pays, aussi bien lors de la définition du programme des candidats à l’élection présidentielle, qu’ensuite dans la pratique institutionnalisée du *lobbying* auprès des organes qui se partagent l’exercice du pouvoir, Administration et Congrès. Ces pressions parfois contradictoires et très efficaces pour mobiliser médias et experts, défendant des intérêts plutôt catégoriels, sont partie intégrante de la prise de décision dans une logique de *checks and balances* propre à l’Amérique. En ce qui concerne les affaires étrangères, peu de place est donc laissée aux influences extérieures, pour le moins à celles qui empruntent les canaux diplomatiques et intergouvernementaux. En revanche, un réel champ d’influence est ouvert aux causes internationales qui jouissent de relais sur la scène politique américaine et parviennent à transcender les clivages partisans. Dans ce contexte, les aspirations universelles portées par des normes contraignantes acceptées par tous les Etats ont peu de chances d’exercer une influence significative et de passer le filtre de ces mécanismes.

Un autre facteur marque profondément la culture politique américaine : la réticence à partager la décision avec une autorité extérieure. Même si certains élus sont conscients des réalités du monde, le fonctionnement du système politique ne pousse pas à la concertation et secrète une aversion culturelle pour le multilatéralisme. Le lourd processus de décision interne à l’Administration doit en effet non seulement se dérouler sous la supervision vigilante du Congrès et tenir compte des préventions et préférences relayées par celui-ci, mais aussi suivre un cheminement complexe de va-et-vient entre plusieurs ministères et agences, eux-mêmes en proie à des jeux de pouvoir et tactiques bureaucratiques, avant les arbitrages finals à la Maison-Blanche au sein du *National Security Council*.

Au total, cette politique étrangère est d'abord une affaire intérieure, peu perméable aux intérêts des Etats ou individus qu'elle touche par ses conséquences. Aucun grand choix de politique extérieure ne peut s'inscrire dans la durée s'il ne jouit du soutien du Congrès et du pays. Apparaît ici le paradoxe entre cet autocontrôle interne qui évite toute concentration excessive des pouvoirs, et l'action du gouvernement en matière d'affaires étrangères, qui ne bénéficie pas des mêmes mécanismes modérateurs institutionnels. Si les dérives semblent ainsi évitées à l'intérieur, il reste à savoir quelles garanties offrent ces mécanismes, en l'absence de tout contrepoids international, contre des dérapages ou dérives incontrôlées hors des frontières. Ils ont en effet dans le passé tardé à enrayer les excès, que ce soit dans la lutte contre le communisme ou récemment pour encadrer par un débat serein la décision d'intervenir en Irak. A chaque fois, ces mécanismes ont été dévoyés dans une logique de surenchère patriotique et d'union sacrée au nom de la lutte contre un ennemi réputé implacable, paralysant l'esprit critique des médias et confinant l'opposition à quelques voix isolées.

II-322- Un exceptionnalisme persistant ?

A chaque fois néanmoins, la logique de *checks and balances* a repris le dessus, rétablissant un équilibre dans la politique étrangère, mais après avoir laissé s'accomplir des excès. Les réactions actuelles de médias, d'experts réputés, de parlementaires démocrates voire républicains et de la Cour suprême montrent la vitalité de la démocratie. Mais le rééquilibrage n'est pas aussi prononcé que l'a été la radicalisation de la position américaine face au multilatéralisme qui l'a précédée. Le nouvel équilibre est donc différent de celui qui prévalait avant 1994, penchant vers plus d'unilatéralisme ; une relative continuité de la tendance actuelle est donc à prévoir. Les mécanismes internes empêcheront toutefois une rupture totale avec l'ordre juridique international, ne serait-ce que pour continuer à mettre en œuvre une politique juridique extérieure la plus favorable possible à l'intérêt national. Un autre mécanisme modérateur sera celui de la réalité du terrain. Quelle que soit la puissance des USA, le caractère aléatoire de l'interventionnisme, ajouté à la spirale de résistance locale et générale enclenchée par les conflits, jouera sur la propension ou l'aversion à jouer des normes et mécanismes multinationaux. Cette réalité ne peut que peser directement sur les décisions de l'exécutif et du Congrès et indirectement par l'évolution de la perception qu'en a l'opinion publique : à ses yeux existe un constant besoin de légitimation, que les dirigeants ne peuvent ignorer ou contourner longtemps.

Mais il ne faut pas se tromper sur les conséquences du phénomène : il est peu probable que les USA en reviennent nettement à plus de multilatéralisme. L'opinion publique penchera plutôt pour les réflexes isolationnistes observés ces derniers mois et la sphère décisionnelle tendra vers davantage de coopération internationale, non pas comme bien en soi mais dans l'optique de préserver la puissance américaine, que l'excès de démonstration unilatérale a entamée. Que ce soit pour les Démocrates ou les Républicains, les USA n'ont pas vocation à devenir un *primus inter pares* et n'abandonneront pas le rôle que leur inspire leur exceptionnalisme. Ce qui peut être espéré est plutôt un retour à la position de *benign hegemon* qui prévalait pendant la Guerre froide, dans une logique réaliste plus classique.

CONCLUSION

L'exemple des détenus de la guerre contre le terrorisme est une illustration marquante des enjeux et des limites de la *politique juridique extérieure* américaine, en ce qu'elle touche aux droits fondamentaux de la personne. Longtemps relativement exclus du champ des normes internationales, ce n'est que très progressivement que les individus sont eux aussi devenus des sujets de droit international formellement protégés. La politique des Etats-Unis dans ce domaine, à la limite de la violation et du contournement, tend donc à remettre en cause les progrès difficilement acquis et à fragiliser le droit dans un domaine clef et symbolique, sans que les bénéfices d'une telle stratégie soient pour autant évidents. Elle soulève aussi une question fondamentale : face à une menace exceptionnelle, est-il légitime et efficace de s'affranchir d'un droit jugé insuffisant, ou au contraire faut-il se raccrocher à la force du droit quitte à l'améliorer si nécessaire.

Car au-delà de ce cas particulier, il apparaît bien que l'Amérique peut, de par sa puissance, s'extraire ou se distancier des contraintes du droit en général afin, selon les circonstances, de préserver son indépendance tout en maximisant son influence. Cette tendance à l'unilatéralisme s'est fortement accentuée depuis la fin de la Guerre froide. Mais la lecture de la position américaine ne doit pas être trop tranchée : au total, le droit international n'est pour les USA ni un but en soi ni à l'inverse un repoussoir absolu. Leur rapport au droit est à décrypter en prenant en compte le fait que c'est la recherche de l'intérêt national qui prime : il en découlera une gamme de postures allant de l'adhésion au rejet, selon les domaines d'application, les préférences de l'Administration du moment, les buts poursuivis et le degré de légitimité recherché. Les normes internationales semblent donc être un outil parmi d'autres de la politique étrangère ; sans oublier que perdure une forme de messianisme cherchant la diffusion des valeurs américaines, pour laquelle le droit est un support privilégié.

C'est dans ce contexte nouveau d'hégémonie qu'il faut donc désormais penser le droit international, voire toute l'organisation de l'espace mondial. Dans les décennies à venir, c'est selon toute vraisemblance aux Etats-Unis qu'il reviendra de remodeler le droit existant et d'orienter la création de normes nouvelles dans les branches du droit les plus déterminantes, notamment en termes de lutte contre les menaces et défis globaux nouveaux. Pour être effectivement applicable, le droit requerra probablement souvent un aval américain, condition pour être reconnu, respecté et sanctionné. Les autres sujets de droit international devront dans une certaine mesure s'adapter à cette hégémonie, tout en cherchant à maintenir les USA dans le jeu interétatique et à modérer leurs écarts. Car puissance dominante, ils restent aussi paradoxalement le meilleur garant de l'ordre public international, mais un garant qui, jouant de son exceptionnalisme et de sa puissance, tend à se placer au-dessus du droit.

Sans réel contrepouvoir extérieur, l'Amérique renoue ainsi avec le rôle qui fut le sien au lendemain des deux guerres mondiales, mais cette fois dans une veine plus réaliste et unilatéraliste. L'on peut néanmoins prévoir que le jeu des contrepouvoirs internes et le souci de ne jamais s'exclure complètement des relations internationales telles qu'elles existent aujourd'hui empêcheront toute rupture radicale ou instrumentalisation excessive de l'ordre juridique international par les Etats-Unis.

ANNEXE

President Issues Military Order Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism

By the authority vested in me as President and as Commander in Chief of the Armed Forces of the United States by the Constitution and the laws of the United States of America, including the Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (Public Law 107-40, 115 Stat. 224) and sections 821 and 836 of title 10, United States Code, it is hereby ordered as follows:

Section 1. Findings.

- (a) International terrorists, including members of al Qaida, have carried out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a state of armed conflict that requires the use of the United States Armed Forces.
- (b) In light of grave acts of terrorism and threats of terrorism, including the terrorist attacks on September 11, 2001, on the headquarters of the United States Department of Defense in the national capital region, on the World Trade Center in New York, and on civilian aircraft such as in Pennsylvania, I proclaimed a national emergency on September 14, 2001 (Proc. 7463, Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks).
- (c) Individuals acting alone and in concert involved in international terrorism possess both the capability and the intention to undertake further terrorist attacks against the United States that, if not detected and prevented, will cause mass deaths, mass injuries, and massive destruction of property, and may place at risk the continuity of the operations of the United States Government.
- (d) The ability of the United States to protect the United States and its citizens, and to help its allies and other cooperating nations protect their nations and their citizens, from such further terrorist attacks depends in significant part upon using the United States Armed Forces to identify terrorists and those who support them, to disrupt their activities, and to eliminate their ability to conduct or support such attacks.
- (e) To protect the United States and its citizens, and for the effective conduct of military operations and prevention of terrorist attacks, it is necessary for individuals subject to this order pursuant to section 2 hereof to be detained, and, when tried, to be tried for violations of the laws of war and other applicable laws by military tribunals.
- (f) Given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under this order, I find consistent with section 836 of title 10, United States Code, that it is not practicable to apply in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts.
- (g) Having fully considered the magnitude of the potential deaths, injuries, and property destruction that would result from potential acts of terrorism against the United States, and the probability that such acts will occur, I have determined that an extraordinary emergency exists for national defense purposes, that this emergency constitutes an urgent and compelling government interest, and that issuance of this order is necessary to meet the emergency.

Sec. 2. Definition and Policy.

- (a) The term "individual subject to this order" shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that:
 - (1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times, (i) is or was a member of the organization known as al Qaida; (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or (iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order; and

(2) it is in the interest of the United States that such individual be subject to this order.

(b) It is the policy of the United States that the Secretary of Defense shall take all necessary measures to ensure that any individual subject to this order is detained in accordance with section 3, and, if the individual is to be tried, that such individual is tried only in accordance with section 4.

(c) It is further the policy of the United States that any individual subject to this order who is not already under the control of the Secretary of Defense but who is under the control of any other officer or agent of the United States or any State shall, upon delivery of a copy of such written determination to such officer or agent, forthwith be placed under the control of the Secretary of Defense.

Sec. 3. Detention Authority of the Secretary of Defense.

Any individual subject to this order shall be

(a) detained at an appropriate location designated by the Secretary of Defense outside or within the United States;

(b) treated humanely, without any adverse distinction based on race, color, religion, gender, birth, wealth, or any similar criteria;

(c) afforded adequate food, drinking water, shelter, clothing, and medical treatment;

(d) allowed the free exercise of religion consistent with the requirements of such detention; and

(e) detained in accordance with such other conditions as the Secretary of Defense may prescribe.

Sec. 4. Authority of the Secretary of Defense Regarding Trials of Individuals Subject to this Order.

(a) Any individual subject to this order shall, when tried, be tried by military commission for any and all offenses triable by military commission that such individual is alleged to have committed, and may be punished in accordance with the penalties provided under applicable law, including life imprisonment or death.

(b) As a military function and in light of the findings in section 1, including subsection (f) thereof, the Secretary of Defense shall issue such orders and regulations, including orders for the appointment of one or more military commissions, as may be necessary to carry out subsection (a) of this section.

(c) Orders and regulations issued under subsection (b) of this section shall include, but not be limited to, rules for the conduct of the proceedings of military commissions, including pretrial, trial, and post-trial procedures, modes of proof, issuance of process, and qualifications of attorneys, which shall at a minimum provide for

(1) military commissions to sit at any time and any place, consistent with such guidance regarding time and place as the Secretary of Defense may provide;

(2) a full and fair trial, with the military commission sitting as the triers of both fact and law;

(3) admission of such evidence as would, in the opinion of the presiding officer of the military commission (or instead, if any other member of the commission so requests at the time the presiding officer renders that opinion, the opinion of the commission rendered at that time by a majority of the commission), have probative value to a reasonable person;

(4) in a manner consistent with the protection of information classified or classifiable under Executive Order 12958 of April 17, 1995, as amended, or any successor Executive Order, protected by statute or rule from unauthorized disclosure, or otherwise protected by law, (A) the handling of, admission into evidence of, and access to materials and information, and (B) the conduct, closure of, and access to proceedings;

(5) conduct of the prosecution by one or more attorneys designated by the Secretary of Defense and conduct of the defense by attorneys for the individual subject to this order;

(6) conviction only upon the concurrence of two-thirds of the members of the commission present at the time of the vote, a majority being present;

(7) sentencing only upon the concurrence of two-thirds of the members of the commission present at the time of the vote, a majority being present; and

(8) submission of the record of the trial, including any conviction or sentence, for review and final decision by me or by the Secretary of Defense if so designated by me for that purpose.

Sec. 5. Obligation of Other Agencies to Assist the Secretary of Defense.

Departments, agencies, entities, and officers of the United States shall, to the maximum extent permitted by law, provide to the Secretary of Defense such assistance as he may request to implement this order.

Sec. 6. Additional Authorities of the Secretary of Defense.

(a) As a military function and in light of the findings in section 1, the Secretary of Defense shall issue such orders and regulations as may be necessary to carry out any of the provisions of this order.

(b) The Secretary of Defense may perform any of his functions or duties, and may exercise any of the powers provided to him under this order (other than under section 4 (c)(8) hereof) in accordance with section 113 (d) of title 10, United States Code.

Sec. 7. Relationship to Other Law and Forums.

(a) Nothing in this order shall be construed to

- (1) authorize the disclosure of state secrets to any person not otherwise authorized to have access to them;
- (2) limit the authority of the President as Commander in Chief of the Armed Forces or the power of the President to grant reprieves and pardons; or
- (3) limit the lawful authority of the Secretary of Defense, any military commander, or any other officer or agent of the United States or of any State to detain or try any person who is not an individual subject to this order.

(b) With respect to any individual subject to this order

- (1) military tribunals shall have exclusive jurisdiction with respect to offenses by the individual; and
- (2) the individual shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the individual's behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal.

(c) This order is not intended to and does not create any right, benefit, or privilege, substantive or procedural, enforceable at law or equity by any party, against the United States, its departments, agencies, or other entities, its officers or employees, or any other person.

(d) For purposes of this order, the term "State" includes any State, district, territory, or possession of the United States.

(e) I reserve the authority to direct the Secretary of Defense, at any time hereafter, to transfer to a governmental authority control of any individual subject to this order. Nothing in this order shall be construed to limit the authority of any such governmental authority to prosecute any individual for whom control is transferred.

Sec. 8. Publication.

This order shall be published in the Federal Register.

GEORGE W. BUSH

THE WHITE HOUSE, November 13, 2001.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

DAVID Charles-Philippe, BALTHAZAR Louis, VAISSE Justin, *La politique étrangère des Etats-Unis. Fondements, acteurs, formulation*, Presses de Sciences-po, Paris, 2003.

DECAUX Emmanuel, *Droit international public*, 4^o éd., collection Hypercours, Dalloz, Paris, 2004.

HASSNER Pierre, VAISSE Justin, *Washington et le monde. Dilemmes d'une superpuissance*, collection CERI/Autrement, éditions Autrement, Paris, 2003.

MEAD Walter Russel, *Sous le signe de la providence*, Odile Jacob, Paris, 2003.

MOREAU DESFARGES Philippe, *L'ordre mondial*, 3^o éd., collection U, Armand Colin, Paris, 2003.

SALAME Ghassan, *Quand l'Amérique refait le monde*, Fayard, Paris, 2005.

TERTRAIS Bruno, *La guerre sans fin. L'Amérique dans l'engrenage*, La République des idées, Seuil, Paris, 2004.

Articles de revues spécialisées

BORELLI Silvia, « Casting light on the legal black hole: international law and detentions abroad in the "war on terror" », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, volume 87, n°857, Genève, mars 2005.

PEYRO LLOPIS Ana, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *Revue générale de droit international public*, Paris, 2005.

BUHLER Pierre, « Les Etats-Unis et le droit international », cours en ligne de l'Institut d'études politiques de Paris, 2003, (www.coursenligne.sciences-po.fr).

BUHLER Pierre, « L'Amérique et le monde », *Commentaire*, n°107, Paris, automne 2004.

DWORKIN Ronald, « What the Court really said », *New-York Review of Books*, volume 51, n°13, New-York, août 2004.

JINKS Derek, « The declining significance of POW status », *Harvard Law Journal*, volume 45, n°2, Harvard, été 2004.

KAGAN Robert, « Power and weakness. Why the United States and Europe see the world differently », *Policy Review*, n°113, juin-juillet 2002.

MEAD Walter Russel, « La tradition jacksonienne dans la politique étrangère américaine », *Futuribles*, n°280, Paris, novembre 2002.

SCOTT Shirley V., « Is there room for international law in *realpolitik*?: accounting for the US "attitude" towards international law », *Review of International Studies*, n°30, Cambridge, 2004.

BENVENISTI Eyal, « The US and the use of force: double-edged hegemony and the management of global emergencies », *European Journal of International Law*, European University Institute, volume 15, n°4, Florence, 2004.

KRISCH Nico, « International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order », *European Journal of International Law*, European University Institute, volume 16, n°3, Florence, 2005.

NOVOSSELOFF Alexandra, « Les Etats-Unis et l'ONU: vers une utilisation à la carte », *Questions internationales*, La Documentation française, n°11, Paris, janvier-février 2005.

ROBERTS Anthea, « Righting wrongs or wronging rights? The United-States and human rights post-september 11 », *European Journal of International Law*, European University Institute, volume 15, n°4, Florence, 2004.

Autres documents

ELSEA Jennifer K., « Detainees at Guantánamo Bay », *report for Congress*, Congressional Research Service, Washington, juillet 2005.

ELSEA Jennifer K., « Treatment of “Battlefield Detainees” in the War on Terrorism », *report for Congress*, Congressional Research Service, Washington, novembre 2005.

Organisation des Nations Unies, Comité contre la torture, *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 19 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains, cruels ou dégradants, additif Etats-Unis d'Amérique*, New-York, 6 mai 2005.

GONZALES Alberto, *Decision reapplication of the Geneva Convention on prisoners of war to the conflict with Al Qaeda and the Taliban*, 25 janvier 2002, (www.americanprogress.org).

POWELL Colin, *Draft decision memorandum for the President on the applicability of the Geneva Convention to the conflict in Afghanistan*, 26 janvier 2002, (www.americanprogress.org).

Sites Internet

Comité international de la Croix-Rouge : www.icrc.org

Organisation des Nations Unies : www.un.org

Cour suprême des Etats-Unis : www.supremecourtus.gov

Gouvernement des Etats-Unis : www.whitehouse.gov

Ministère de la défense des Etats-Unis : www.defenselink.mil

Institut d'études politiques de Paris (bibliothèque, cours en ligne, CERI) : www.sciences-po.fr

Naval Postgraduate School (bibliothèque électronique) : www.nps.edu

Council on Foreign Relations : www.cfr.org

Congressional Research Service : www.cnie.org/NLE/CRS/

Findlaw for Corporate Counsel : www.corporate.findlaw.com

Courrier international (kiosque): www.courrierinternational.com/planetepresse/planeteP_accueil.asp

Washington Post: www.washingtonpost.com

Le Figaro: www.lefigaro.fr

Le Monde : www.lemonde.fr

ABBREVIATIONS

ABM	<i>Anti Ballistic Missiles</i>
AUMF	<i>Authorization for Use of Military Force</i>
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
CSRT	<i>Combatant Status Review Tribunal</i>
DIH	Droit international humanitaire
DIDH	Droit international des droits de l'homme
GWOT	<i>Global War on Terror</i>
ICANN	<i>International Corporation for Assigned Numbers and Names</i>
ISO	<i>International Standardization Organization</i>
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
USA	Etats-Unis d'Amérique

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
I° PARTIE – Prisonniers de la guerre contre le terrorisme, respect du droit international humanitaire et des droits de l’homme : les Etats-Unis entre violation et contournement	2
Eléments introductifs	2
I-1 – L’applicabilité du droit international humanitaire aux combattants capturés lors des conflits d’Afghanistan et d’Irak	3
I-11 – La classification des détenus retenue par les Etats-Unis	4
I-111- Le choix américain de traitements différenciés selon les théâtres	4
I-112 – Contradictions avec l’interprétation généralement retenue du DIH	5
I-12- Difficultés du droit face aux conflits nouveaux	6
I-121- Existe-t-il de vrais <i>ennemis combattants</i> au sens américain ?	7
I-122- Des protections substantielles prévues par le DIH pour tout détenu	7
I-2 – L’applicabilité du droit international des droits de l’homme aux prisonniers des conflits armés et aux détenus des opérations de police internationale	8
I-21- DIDH et détenus des conflits armés	9
I-22- DIDH et détenus des opérations de police internationale	10
I-221- Compétence américaine sur des territoires non nationaux	10
I-222- Actions extraterritoriales d’agents américains	11
I-223- Le principe de non refoulement	11
I-3 - Le débat interne aux Etats-Unis : une réaffirmation du droit ?	12
I-31 – Les arrêts de la Cour suprême de juin 2004	12
I-311- Décisions relatives aux prisonniers aux mains des Etats-Unis	13
I-312- Une jurisprudence marquante mais de portée limitée	13
I-32 – L’évolution récente de la position des juridictions américaines et de l’exécutif	14
I-321- La question du statut des prisonniers de Guantánamo	15
I-322- La question du jugement des <i>ennemis combattants</i>	16
I-323- Questions relatives aux prisonniers à l’étranger et aux droits de l’homme	16

II° PARTIE – Les rapports ambigus entre les Etats-Unis et le droit international : une <i>politique juridique extérieure</i> qui atteint son paroxysme au lendemain de la Guerre froide	18
II-1- Les Etats-Unis et le monde : la politique étrangère d’une puissance hégémonique	18
II-11 – La politique étrangère américaine, synthèse de traditions propres	18
II-111- Fondements de la politique étrangère américaine	18
II-112- Les courants de pensée contemporains	19
II-12 – Les rapports ambigus d’une puissance hégémonique au droit international : entre exceptionnalisme sincère et service d’intérêts nationaux	20
II-121- Courants de pensée et droit international	21
II-122- Une situation aujourd’hui paroxystique	21
II-2- La <i>politique juridique extérieure</i>, une instrumentalisation croissante du droit	24
II-21 – Deux extrêmes : promouvoir ou combattre le droit	24
II-211- Adhésion et instrumentalisation	24
II-212- A l’inverse, des refus du droit international	24
II-22 – Deux voies moyennes : influencer l’élaboration des normes ou imposer à l’extérieur le droit national	27
II-221- Favoriser une inégalité légale en reformulant le droit	27
II-222- Remplacer le droit international par le droit interne	28
II-3 – L’avenir : un droit international marqué par l’hégémonie américaine	29
II-31 – L’aspect juridique : quelle prise en compte du droit international dans la jurisprudence de la Cour suprême ?	29
II-311- Les règles constitutionnelles pour l’insertion du droit international	30
II-312- Une jurisprudence plutôt « politique »	31
II-32 – L’aspect politique : forces et faiblesses des mécanismes d’autocontrôle	33
II-321- Le jeu démocratique et la politique juridique extérieure	33
II-322- Un exceptionnalisme persistant ?	34
Conclusion	35
Annexe	
Ordre présidentiel, <i>Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism</i> , 13 novembre 2001	36
Bibliographie	39
Abréviations	41
Table des matières	42