



HAL
open science

Les Etats-Unis d'Amérique et la justice internationale Entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Les Etats-Unis d'Amérique et la justice internationale Entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international. 2004. hal-01743486

HAL Id: hal-01743486

<https://hal.science/hal-01743486>

Preprint submitted on 26 Mar 2018

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

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

Les Etats-Unis d'Amérique et la justice internationale

Entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international

par

Laurence Burgorgue-Larsen

Professeur de droit public à l'Université de Rouen
Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes
sur les droits de l'homme et le droit humanitaire

1. *Etats-Unis d'Amérique et Justice internationale !* S'agirait-il d'un oxymore, une alliance ingénieuse de mots passablement contradictoires ; une sorte de « clair-obscur » juridique ? Si tel était le cas, les dés seraient jetés, la messe serait dite, de façon un peu trop simple, voire simpliste. L'affaire est plus complexe, l'affaire est moins nette car ce qui brouille les cartes, c'est le contexte actuel des relations internationales et la position d'*hegemon* des Etats-Unis qui recouvre la moindre de ses actions d'un extraordinaire *a priori* : celui de l'illégalité. Or, s'il existe des éléments objectifs qui confortent l'*a priori* en le transformant en donnée positive, il est tout aussi clair que, dans le même temps, d'autres éléments ne sont que la manifestation classique de la mise en œuvre d'une politique juridique extérieure dont Guy de Lacharrière a pu rappeler qu'elle était au cœur de la démarche de chaque Etat souverain. « *Les politiques juridiques des différents Etats, en dépit de la diversité ou de la contradiction de leurs contenus, ont en commun la volonté des gouvernements concernés de déterminer leurs conduites en fonction de leurs propres objectifs, c'est-à-dire de leurs intérêts nationaux tels qu'ils les apprécient* »¹. Les politologues spécialistes du droit et des relations internationales arrivent bien logiquement à la même constatation². Ce paradigme établi, la conduite de la politique étrangère des Etats se caractérise par deux principes cardinaux : 1. influencer positivement (*i.e.* conformément aux intérêts nationaux tels que définis par l'Etat à un moment donné) le contenu du droit (« préoccupation offensive ») ; 2. préserver *in fine* sa faculté d'adopter ou de rejeter le droit (« préoccupation défensive »).

1. LACHARRIERE (G. de) *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 13.

2. DEVIN (G.) *Sociologie des relations internationales*, Paris, La Découverte, 2002, 119p., spéc. pp. 94-104.

2. Ces stratégies diplomatiques s'inscrivent depuis les débuts du XX^es et surtout depuis la fin de la II^e guerre mondiale dans un contexte international où « la pratique multilatérale s'est institutionnalisée ». Mieux, d'une simple « technique diplomatique », le multilatéralisme est devenu un « projet politique » investi de « vertus positives »³. Alors qu'ils ont été parties prenantes à l'institution des plus importantes organisations internationales du XX^es (la SDN et l'ONU), les Etats-Unis ont cependant toujours entretenu une relation extrêmement ambiguë à l'égard de la coopération multilatérale en raison de plusieurs facteurs d'ordre structurel. Le politologue Guillaume Devin en dénombre trois. Tout d'abord, « l'exceptionnalisme américain »⁴, qui en matière de politique étrangère « induit nécessairement des relations complexes avec le principe d'une concertation à plusieurs ». Ensuite, le système de séparation des pouvoirs où la marge de manœuvre présidentielle est sérieusement réduite d'un côté par les compétences diplomatiques du Sénat et de l'autre par le Congrès arc-bouté sur la préservation de ses prérogatives et la défense de la « souveraineté nationale ». Enfin, les « dilemmes de la puissance » qui permettent aujourd'hui encore plus qu'hier aux Etats-Unis - passés du statut de « grande puissance » à celui d'« hyperpuissance » - de « faire du multilatéralisme un choix optionnel »⁵.

Ainsi, la politique judiciaire extérieure américaine a toujours été marquée par le paradigme relevé plus haut : agir pour influencer le droit et mettre à profit la faculté d'adopter ou de rejeter le droit. Cette utilisation des ressorts classiques du volontarisme - qui continue de se développer dans des domaines précis et en fonction de circonstances précises - se double aujourd'hui d'une instrumentalisation de ces mêmes ressorts. On le sait, l'élection de G. W. Bush « incarne un courant assez inédit qui mêle défense de l'hégémonie américaine et unilatéralisme »⁶, dépassant de loin les ressorts

3. DEVIN (G.) « Les Etats-Unis et l'avenir du multilatéralisme », *Cultures et conflits*, automne 2003, n° 51, pp. 157-174.

4. L'auteur présente ainsi cette donnée : « Si toutes les nations se pensent uniques et singulières, ce sentiment est particulièrement prononcé s'agissant du peuple des Etats-Unis. Depuis leur création, les Etats-Unis se présentent, à travers leurs représentants, comme un modèle pour le monde entier. Insistant sur l'universalité de leurs « valeurs », l'excellence de leur régime politique et leur place centrale sur l'échiquier des nations, les Etats-Unis, par la voix de leurs responsables, célèbrent depuis l'origine la grandeur matérielle et morale d'une 'nation indispensable'. »

5. *Ibid.*, p. 158.

6. DEVIN (G.) « Les Etats-Unis et l'avenir du multilatéralisme », *op.cit.*, pp. 159. Il est indispensable à cet égard de lire l'ouvrage de KAGAN (R.) *La puissance et la faiblesse. Les Etats-Unis et l'Europe dans le nouvel ordre mondial*, Paris, Plon, 2003, 160p. qui présente on ne peut plus clairement les oppositions entre d'un côté une hyper puissance, notamment militaire, qui ne craint pas d'user de la force, pour qui la guerre est une composante des relations internationales, et de l'autre une Europe entrée dans « l'ère post-moderne », faible

de la théorie réaliste des relations internationales⁷. Or, appliqué à la justice internationale ce cumul engendre tout à la fois violations manifestes du droit international et manipulation des ressorts de celui-ci pour servir les ambitions américaines quand celles-ci n'ont pas pu s'exprimer par la voie classique, c'est-à-dire la voie légale. L'art américain de légaliser l'illégal en instrumentalisant les *fora* du multilatéralisme atteint alors des sommets de dextérité diplomatique en créant - et c'est sans doute le plus préoccupant - des précédents de bien mauvais aloi. Du coup, il est bien difficile dans le foisonnement d'actions diplomatiques en tout genre de démêler le légal de l'illégal, d'opérer un *distinguo* clair et opératoire entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international, car la diplomatie la plus orthodoxe s'enchevêtre avec « une affirmation décomplexée de la puissance et des intérêts américains dans le monde⁸ », au point que l'on peut s'inquiéter avec le professeur Remiro Brotóns de l'émergence d'un « nouvel ordre » basé sur l'hégémonie des Etats-Unis qui, ivres de succès, sont « incapables de résister à la tentation de l'unipolarité »⁹.

3. Cette incise sur les relations internationales menées par les Etats-Unis dans un monde où le « droit de la coopération » (R-J. Dupuy) est devenu existentiel est d'autant plus nécessaire qu'elle permet d'expliquer leur relation profondément ambiguë à la justice internationale. Celle-ci sera ici délibérément entendue dans une acception compréhensive. Il est question tout d'abord de l'*institution* judiciaire internationale. Au regard du phénomène contemporain de « juridictionnalisation du droit international »¹⁰, le système juridique international est passé d'une institution judiciaire unique incarnée successivement par la Cour permanente de justice internationale (CPJI) puis par la Cour internationale de justice (C.I.J.), à une

militairement, qui met alors toutes ses forces dans le multilatéralisme et le respect du droit international.

7. Selon la théorie réaliste des relations internationales, la politique étrangère est fondamentalement une affaire d'Etats agissant seuls au nom de leur intérêt national, celui-ci étant défini en termes de maximisation rationnelle de la puissance et/ou de la sécurité. Le « réalisme » s'est construit après la seconde guerre mondiale en réaction à l'idéalisme wilsonien qui avait dominé l'étude des relations internationales aux Etats-Unis et dans de nombreux pays d'Europe. Pour une vue d'ensemble du courant réaliste et de son évolution, on consultera BATTISTELLA (D.) *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002. H. KISSINGER, représentant célèbre du courant réaliste, consigne dans son dernier ouvrage ses éléments clés : *La nouvelle puissance américaine*, Paris, Fayard, 2003, 386p.

8. *Ibid.*, p. 159.

9. REMIRO BROTONS (A.) « Nuevo orden o derecho internacional ? », *Claves de la razón práctica*, Mayo de 2003, n° 132, pp. 4-14.

10. SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille, Paris, Pedone, 2003, 545p. ; BEN ACHOUR (R.) LAGHMANI (S.) (dir.), *Justice et juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2000, 336p.

floraison de juridictions internationales dont certaines, choisies ici discrétionnairement, seront au cœur de l'analyse (CIDH, TPI *ad hoc*, CPI¹¹). Mais la justice internationale, ce sont également des *principes* et des *procédures* tels que déterminés par des Conventions internationales afin que le procès d'un individu se déroule selon les standards du « procès équitable ».

Or, sur ces deux plans, organique et matériel, la politique américaine a toujours été marquée par une ambivalence révélatrice d'une diplomatie judiciaire pragmatique et réactive qui a, à chaque fois, mis en balance l'intérêt pour les Etats-Unis qu'il y avait, soit à accepter ou/et refuser la compétence des juridictions internationales (I), soit accepter et/ou refuser l'application des principes et procédures judiciaires du droit international (II) en fonction de l'état des relations internationales et de la conception américaine de la défense de ses intérêts nationaux.

I. L'ambivalence à reconnaître la compétence des *Juridictions* internationales

4. L'ambivalence irrigue tous les aspects de la politique judiciaire extérieure américaine. Celle-ci est tantôt marquée par une utilisation classique des ressorts volontaristes du droit conventionnel (A) comme par une claire instrumentalisation de celui-ci (B). Il y a instrumentalisation du droit international quand les Etats-Unis mettent en exergue une « préoccupation offensive » maximale. Ils veulent influencer la formation du droit

11. Le Tribunal international du droit de la Mer (TIDM) n'a pas pu être intégré dans la nomenclature des juridictions internationales, les Etats-Unis n'ayant pas encore ratifié la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Le débat est toutefois relancé aujourd'hui outre-Atlantique depuis que la *Commission sénatoriale pour les relations extérieures* a voté à l'unanimité le 25 février 2004 une résolution en faveur de sa ratification par le Sénat. Néanmoins, sur le fond, on constate la présence de réserves et d'interprétations qui « réécrivent » la Convention. Surtout, c'est l'arbitrage qui l'emporte au détriment de la compétence et de la C.I.J. et du TIDM. L'auteur tient à remercier le professeur J-P COT pour avoir eu l'amabilité de lui transmettre ces informations. Bien que d'aucuns auraient pu préférer la reconnaissance de la compétence du TIDM, voire de la C.I.J., les Etats-Unis - si le choix pour l'arbitrage était confirmé au stade de la ratification proprement dite - ne font qu'utiliser le mode alternatif de règlement offert par l'article 287 de la Convention sur le « Choix de la procédure », v. DECAUX (E.) « Les eaux mêlées de l'arbitrage et de la justice (Droit de la mer et règlement des différends) », *La Mer et son droit, Mélanges offerts à Laurent Lucchini et J-P Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, pp. 159-176. v. également RANJEVA (R.) « Aux origines de l'article 287.1b) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer », *La Mer et son droit, op. cit.*, pp. 545-550.

international *mais*¹² au point de faire de celui-ci la manifestation des intérêts *du plus fort, de la seule hyper puissance*. Là réside le danger car le droit international n'est plus alors le droit voulu par et pour *les Etats*, mais celui créé par et pour l'Etat hyper puissant.

A. De l'utilisation des ressorts volontaristes du droit conventionnel

5. Les Etats-Unis poussent la logique consensuelle du droit international à l'extrême et jouent avec le volontarisme qui est à la base de bon nombre de procédures en droit international. Le jeu des « clauses facultatives » - dont l'acceptation conditionne la compétence des juridictions internationales - en est un exemple topique. L'attitude américaine est cependant contrastée en fonction des juridictions concernées, même si la ligne politique de fond est marquée par le même scepticisme - le mot est sans doute faible - à l'endroit de la justice internationale (1). Si moduler le degré d'acceptation de la compétence des juridictions internationales est un premier moyen de poser la défiance à l'endroit du juge international, une autre technique consiste à intervenir bien plus en amont de la compétence de la juridiction, *i.e.* au stade de sa création. Utiliser les ressorts du droit des traités - de la négociation jusqu'à la procédure de ratification - pour s'opposer à la création d'une juridiction internationale est effectivement une autre tactique témoignant d'une méfiance appuyée à l'égard du juge, en l'occurrence le juge international pénal (2).

1. Le jeu contrasté de l'utilisation des « clauses facultatives »

6. Le rejet de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la juridiction universelle n'a pas été une position négative de principe à l'endroit de la C.I.J. : il a été postérieur à l'acceptation de la compétence du juge et fut la manifestation de « représailles » diplomatiques suite à une décision judiciaire considérée par les Etats-Unis comme attentatoire à leurs intérêts. Concernant le système interaméricain de protection des droits, le refus de souscrire à la compétence de la Cour de San José (CIDH) a au contraire participé d'une position de principe qui, d'emblée, a été marquée par le refus catégorique de souscrire à l'activité de la juridiction régionale.

12. Tout est dans le « mais » car c'est là que réside la différence avec une simple utilisation du droit international.

a. L'acceptation à géométrie variable de la compétence de la Cour internationale de justice

7. Que les Etats-Unis utilisent au mieux, *i.e.* à leur paroxysme, les facultés accordées par le droit international, non seulement n'est pas nouveau mais n'est tout simplement pas *in se* contestable. Cela relève du jeu classique de la politique juridique extérieure de chaque Etat souverain. Or, à cet égard la politique *judiciaire* extérieure des Etats-Unis d'Amérique ne fait que jouer avec tous les ressorts du volontarisme, à l'instar d'autres Etats comme la France.

Il n'est pas inintéressant à ce propos de rappeler qu'il faut mettre à l'actif de la diplomatie française le refus du caractère obligatoire de la juridiction de feu la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI)... Le Comité de six juristes qui avait été désigné par le Conseil de la Société des Nations afin de préparer un avant-projet de Cour permanente avait en effet eu l'audace - d'aucuns diront l'irréalisme - de proposer l'instauration d'une institution judiciaire devant laquelle tous les différends juridiques entre Etats parties devaient lui être obligatoirement soumis ! Les réactions de la France, mais aussi du Royaume-uni, ne se firent pas attendre : Léon Bourgeois - juriconsulte du Quai d'Orsay - s'opposa vigoureusement au caractère obligatoire de la Cour qui engendrait une impossibilité pour les Etats de choisir l'institution devant laquelle ils porteraient leur différend¹³. Le compromis réalisé à l'époque fut celui qui fut repris *expressis verbis* lors de la Conférence de Dumbarton Oaks en 1944. A cette occasion, la France veilla à nouveau à ce que le texte qui allait devenir l'article 36§2 du Statut de

13. Rapport de Léon Bourgeois au Conseil de la SDN (Session d'octobre 1920). Il s'opposa à ce qu' «on substitue une décision de la Cour permanente au libre choix que le pacte laisse aux Parties quant à la question de savoir si elles porteront leurs différends devant la Cour, devant une autre juridiction internationale ou devant le Conseil de la SDN », v. GUILLAUME (G.) « La France et la C.I.J. », *La Cour internationale de justice à l'aube du XXI^e s. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, pp. 47-54. Pour une analyse approfondie de la question, on se reportera à la thèse de COTTEREAU (G.) *Les positions de la France à l'égard de la juridiction internationale*, Paris, 1980.

la Cour ne subisse aucun changement d'envergure¹⁴, comme d'ailleurs les autres grandes puissances, parmi lesquelles les Etats-Unis et l'URSS¹⁵.

Cette incise d'ordre historique pour rappeler s'il en était besoin que la défense des intérêts étatiques - bataille où la France s'est singularisé - s'est matérialisée dès la création de la première Cour permanente à vocation générale. Le principe de la clause facultative posée, il était logique que les Etats, *tous* les Etats¹⁶ - toujours avec le curseur de la protection de leurs intérêts nationaux en ligne de mire - décident d'utiliser au mieux les possibilités octroyées par le droit international : 1). Souscrire ou non à la compétence de la Cour / modifier ou retirer leur déclaration quand ils le considère opportun ; 2). Limiter au maximum le jeu des « clauses juridictionnelles » au sein des traités par l'émission de réserves.

La position des Etats-Unis à l'égard de la clause facultative de juridiction obligatoire de la C.I.J. ne fut pas négative *ab initio* puisqu'ils y souscrivirent dès 1946¹⁷. Ceci posé, il n'en reste pas moins qu'ils utilisèrent les ressorts des réserves pour circonscrire - pour ne pas dire restreindre au maximum - la compétence de la juridiction permanente universelle. Ils s'illustrèrent avec la « réserve automatique » selon laquelle étaient exclus tous les conflits relevant de la compétence nationale «telle que déterminée par les Etats-Unis » eux-mêmes - dont on sait qu'elle inspira grandement la France¹⁸ -, tandis qu'ils limitaient également la portée de leur déclaration en excluant la

14. Le juge Gilbert Guillaume (*op. cit.*, p. 49.) rappelle en effet qu' «Au total, les négociateurs et les experts français ont joué un rôle important dans la mise sur pied de la CPJI, puis dans la création de la Cour internationale de justice. Léon Bourgeois et les jurisconsultes successifs du Quai d'Orsay, Louis Renault, André Weiss, Henri Fromageot et Jules Basdevant ont à cet égard suivi une politique constante : assurer le progrès du règlement juridictionnel tout en excluant que la compétence de la Cour puisse revêtir un caractère obligatoire et en laissant par suite aux Etats la possibilité de régler leur différends par tout moyen approprié.»

15. DAILLIER (P.) PELLET (A.) *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2003, 7^e éd., p. 899.

16. L'article du professeur REMIRO BROTONS (Antonio) portant sur « La justicia entre Estados » (*in* La justicia en el derecho privado y en el derecho público, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1998, pp. 293-306) montre à l'envi que beaucoup d'Etats (tels le Canada ou l'Inde) utilisent ce que l'on pourrait appeler le «cynisme judiciaire». Ils n'hésitent pas en effet, au fur et à mesure de l'évolution de la conjoncture politique à leur égard, à restreindre en la modifiant, leur déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire de la Cour (spéc. p. 298).

17. La Déclaration américaine originelle était en effet celle du 26 août 1946.

18. La déclaration française de 1947, souscrite pour cinq ans, comportait trois réserves dont la troisième était la copie conforme de la déclaration américaine. Comme elle fut opposée par la Norvège à la France dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens* et qu'elle entraîna le rejet de la requête française sur la base du principe de réciprocité, la France décida de la modifier en 1959 pour exclure uniquement cette fois-ci « les différends qui, *d'après le droit international*, relèvent exclusivement de la compétence nationale. » (Italiques ajoutés).

juridiction de la Cour à l'égard des « différends résultant d'un traité multilatéral » (C.I.J., arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, p.34 et s.).

8. Le coup d'éclat de 1985 vint rompre avec le principe de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Les Etats-Unis en guise de riposte diplomatique à l'arrêt qui consacrait la compétence de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*¹⁹ - dont le nœud gordien concernait la licéité de l'emploi de la force²⁰ - décidèrent, non seulement de ne plus comparaître lors de la phase consacrée au fond, mais également de dénoncer la clause de l'article 36§2 du statut de la C.I.J. La dénonciation en soi n'est en rien contraire au droit international ; mieux, elle n'en est qu'une de ses multiples manifestations. Elle est tout au plus révélatrice d'une diplomatie judiciaire marquée par moult restrictions et arc-boutée sur la sauvegarde des intérêts nationaux. Elle a été, en tout état de cause, à l'origine du profond ressentiment américain à l'égard de la C.I.J., ressentiment qui pris très rapidement l'allure d'une violation caractérisée du droit international. Ils refusèrent en effet d'exécuter l'arrêt du 26 juin 1986²¹ - en violation de l'article 94§1 de la Charte des Nations Unies²² - pour ensuite réussir à bloquer la décision du Conseil de Sécurité visant cette inexécution²³ - renouant ici, paradoxe inouï, avec la légalité internationale

19. C.I.J., compétence, 26 novembre 1984, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. On sait que cet arrêt a été précédé par une ordonnance sur les mesures conservatoires (Ordonnance du 10 mai 1984, *C.I.J., Rec.*, 1984, p. 169). v. LABOUZ (M-F.) «Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci. Ordonnance de la Cour du 10 mai 1984 en indication de mesures conservatoires», *A.F.D.I.*, 1984, pp. 340-370), et une sur la recevabilité de l'intervention du Salvador (Ordonnance du 4 octobre 1984, *C.I.J., Rec.*, 1984, p. 215). Il a été suivi par l'arrêt au fond du 27 juin 1986.

20. Christine GRAY montre bien comment, à la suite de cette affaire, nombre d'Etats ont présenté de nouvelles déclarations d'acceptation de juridiction obligatoire de la Cour dans le dessein d'exclure les contentieux relatifs à l'emploi de la force : « The use and abuse of the International Court of Justice : cases concerning the Use of force after Nicaragua », *E.J.I.L.*, 2003, vol. 14, pp. 867-905, spéc. pp. 885-888.

21. C.I.J., fond, 27 juin 1986 (*C.I.J., Rec.*, 1986, p. 11-546) v. EISEMANN (P-M) «L'arrêt de la C.I.J. du 27 juin 1986 (fond) dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires du Nicaragua et contre celui-ci », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 153-189.

22. Il est libellé comme suit : « *chaque membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de justice dans tout litige auquel il est partie.* » On relèvera la différence sensible avec l'article 13§4 du Pacte de la Société des Nations (SDN) : « *Les membres de la société s'engagent à exécuter de bonne foi les sentences rendues et à ne pas recourir à la guerre contre tout membre de la Société qui s'y conforme.* » Pour une discussion de la différence entre les deux textes, v. A. AZAR (A.) *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant/Université Libre de Bruxelles, 2003, pp. 31-34.

23. Le projet de résolution présentée par le Nicaragua (UN Doc S/1848, octobre 1986) s'est heurté au vote négatif des Etats-Unis seuls à votre contre la Résolution, tandis que trois Etats

sur la base de l'article 94§2 de la Charte²⁴. Dit autrement, ils réussirent grâce aux ressorts de la procédure - certes imparfaite, mais *posée* de l'article 94§2²⁵ - à faire en sorte que le Conseil de sécurité ne puisse pas se prononcer sur l'illégalité de l'inexécution de la décision de la Cour dans l'affaire des *Activités militaires*.

Partant, à l'instar de la France qui se distingua quant à elle dès 1974 par cette politique de rupture judiciaire²⁶, les Etats-Unis n'ont eu de cesse par la suite de limiter l'intervention du juge international dans les affaires où étaient en prises leurs intérêts. Et d'utiliser au mieux tant le jeu des réserves aux clauses juridictionnelles des traités multilatéraux que la stratégie des exceptions préliminaires, notamment d'incompétence. L'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique)* témoigne de façon magistrale de la première approche. La réserve américaine à la clause de règlement juridictionnel de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (l'article IX)²⁷ a emporté l'incompétence de la Cour prononcée par l'ordonnance du 2 juin 1999²⁸. De

membres s'abstenaient pour des considérations d'ordre politique : la France, le Royaume-Uni et la Thaïlande, v. AZAR (A.) *op. cit.*, p. 168.

24. Il est libellé comme suit : « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. »

25. Aïda AZAR rappelle très bien l'impasse à laquelle peut conduire la mise en œuvre de cette disposition de la Charte : «...il découle que le Conseil de Sécurité ne peut, en vertu de l'article 94, prendre une décision en vue de faire exécuter un arrêt de la Cour que si les cinq membres permanents votent en faveur de cette décision, et ce, quand bien même l'un d'eux serait partie au différend né de l'inexécution de l'arrêt. Ainsi, si à la suite d'une procédure judiciaire, un membre permanent concerné ne votera pas en faveur d'une mesure dirigée contre lui et opposera son veto, le Conseil de sécurité sera alors impuissant à assurer la fonction qui lui est confiée par l'article 94. », *op. cit.*, p. 165.

26. STERN (B.) « L'affaire des essais nucléaires français devant la Cour internationale de justice », *A.F.D.I.*, 1974, pp. 299-333 ; THIERRY (H.) « Les arrêts du 20 décembre 1974 et les relations de la France avec la Cour internationale de justice », *A.F.D.I.*, 1974, pp. 286-296.

27. La réserve - présentée au moment de la ratification par les Etats-Unis de la Convention de 1948 le 25 novembre 1988 - est libellée comme suit : « En ce qui concerne l'article IX de la Convention, pour qu'un différend auquel les Etats-Unis sont parties puisse être soumis à la juridiction de la Cour internationale de Justice en vertu de cet article, le consentement exprès des Etats-Unis est nécessaire dans chaque cas ».

28. Extraits significatifs de l'ordonnance du 2 juin 1999 :

« 22. Considérant que les Etats-Unis soutiennent que « [l]a réserve [qu'ils ont faite à l'article IX] est claire et sans ambiguïté » ; que « [l]es Etats-Unis n'ont pas donné le consentement exprès qu'elle requiert [et] ne le donneront pas » ; et que l'article IX de la convention ne peut, en conséquence, fonder la compétence de la Cour en l'espèce, même *prima facie* ; considérant que les Etats-Unis précisent par ailleurs que la convention sur le génocide admet, d'une manière générale, les réserves ; que la réserve qu'ils ont faite à l'article IX n'est pas contraire à l'objet et au but de la convention ; et que, « la Yougoslavie

même, l'affaire relative à la *Question de l'interprétation et de l'application de la Convention de Montréal de 1971 (Libye c. Etats-Unis d'Amérique)* - bien que rayée du rôle le 10 septembre 2003 - n'en est pas moins révélatrice quant à elle de l'utilisation du ressort procédural de l'exception pour tenter de faire vaciller la compétence de la Cour²⁹. A chaque fois, ce sont les intérêts directs des Etats-Unis qui sont en cause et qui, comme tels, sont protégés.

L'attitude nord-américaine est beaucoup plus nuancée dans le cadre objectif de la compétence consultative de la Cour. Toutefois, elle est quand même révélatrice des préoccupations de politique générale des Etats-Unis : sa politique *judiciaire* extérieure sera là aussi - même si cela apparaît de façon moins flagrante - le reflet des lignes forces de sa diplomatie. Alors qu'elle plaidera dans l'affaire de *l'Immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* pour la compétence de la Cour³⁰, elle la réfutera, en tout cas la déconseillera vigoureusement dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, considérant que l'intervention du juge ne ferait que rendre plus malaisé le processus de paix, suffisamment délicat et fragile par ailleurs. Ainsi, après avoir voté contre la résolution de saisine de

n'[yant] pas objecté à la[dite] réserve ..., [elle] est lié[e] par [celle-ci]» ; et considérant que les Etats-Unis affirment en outre qu'il n'existe pas de «lien juridique suffisant entre les accusations portées contre les Etats-Unis dans la requête et la prétendue base de compétence en vertu de la convention sur le génocide» ; et qu'ils exposent que la Yougoslavie n'a pas présenté d'allégation crédible de violation de la convention sur le génocide car elle n'a pas démontré l'existence de l'intention spécifique requise par la convention de «détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel», intention qui ne peut se déduire par inférence de la conduite d'opérations militaires de type classique contre un autre Etat ;

23. Considérant que la Yougoslavie a contesté l'interprétation donnée par les Etats-Unis à la convention sur le génocide mais n'a présenté aucune argumentation concernant la réserve des Etats-Unis à l'article IX de la convention ; 24. Considérant que la convention sur le génocide n'interdit pas les réserves ; que la Yougoslavie n'a pas présenté d'objection à la réserve faite par les Etats-Unis à l'article IX ; et que cette réserve a eu pour effet d'exclure cet article des dispositions de la convention en vigueur entre les Parties ; 25. Considérant que l'article IX de la convention sur le génocide ne saurait en conséquence fonder la compétence de la Cour pour connaître d'un différend entre la Yougoslavie et les Etats-Unis qui entrerait dans ses prévisions ; et que cette disposition ne constitue manifestement pas une base de compétence dans la présente affaire, même *prima facie*. »

29. On sait que les Etats-Unis avaient tenté de contester la compétence de la Cour posée pourtant par l'article 14§1 de la Convention de Montréal de 1971. La Cour ne souscrivit pas à l'argumentation américaine et rejeter tant les exceptions préliminaires fondées sur l'incompétence que sur l'irrecevabilité : C.I.J., arrêt du 27 février 1998.

30. *Written Statement submitted by United States of America*, 7 octobre 1998, §§10-13. (Disponible sur le site de la C.I.J.).

l'Assemblée générale (résolution du 8 décembre 2003)³¹, le gouvernement américain utilisait la possibilité offerte à tous les Etats de présenter des observations écrites pour dissuader la Cour de se prononcer sur un contentieux particulièrement sensible³².

9. Ainsi, même si les Etats-Unis ont poussé jusqu'à son paroxysme le caractère consensuel de la justice internationale en dénonçant en 1985 la « clause facultative » (face négative du consensualisme judiciaire), ils n'en ont pas moins également continué, sous d'autres formes, à « subir » et/ou à « utiliser » les ressorts de celui-ci. Autrement dit, la politique de rupture judiciaire n'a pas été radicale, tout simplement parce qu'elle ne peut pas l'être devant l'« Organe judiciaire principal des Nations Unies ». Une « politique du tout ou rien » est en réalité impossible, à tout le moins particulièrement complexe à mettre en œuvre au regard de la diversité des moyens de saisine du juge.

Les « clauses juridictionnelles » des instruments conventionnels sont des figures juridiques dont les Etats peuvent difficilement contester la présence au sein des traités, même s'ils peuvent en limiter la portée par l'émission de réserves. Ainsi, être attrait devant la C.I.J. en tant que défendeur - par le simple jeu mécanique de la mise en œuvre de telles clauses - (« subir » en quelque sorte le jeu de la justice internationale) explique qu'une politique de rupture judiciaire ne peut pas être absolue. D'où la présence à l'instance comme défendeur des Etats-Unis (malgré le retrait de sa déclaration d'acceptation) dans les affaires relatives à l'*Application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires* les ayant opposé au Paraguay dans l'affaire *Breard*³³, à l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*³⁴ et au Mexique dans l'affaire *Avena*³⁵. Il est vrai qu'ils auraient pu - comme ce fut le cas à l'époque mouvementée de l'affaire des *Activités Militaires* - ne pas comparaître devant la Cour. Mais le pragmatisme politique a dû prendre le dessus : les avantages de la comparution devant le juge international ayant

31. AG, Rés. ES 10/14, 8 décembre 2003.

32. Exposé écrit des Etats-Unis d'Amérique, points 5.2 et 5.3. (Disponible sur le site de la Cour).

33. Ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Rec.*, 1998, p. 248 et ordonnance de désistement du rôle du 10 novembre 1998, *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis)*.

34. Ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Rec.*, 1999, p. 9 et arrêt du 27 juin 2001, *Lagrand (Allemagne c. Etats-Unis) v. ACEVES (W.J.) A.J.I.L.*, vol. 96, 2002, pp. 210-218.

35. C.I.J., Ord., 5 février 2003, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis) - v. ACEVES (W.J.) A.J.I.L.*, vol. 97, 2003, pp. 923-929 ; LÓPEZ-ALMANZA BEAUS (E.) «Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Avena y otros Nacionales mejicanos (Méjico vs. Estados Unidos)», *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, pp. 421-441- et C.I.J., fond, 31 mars 2004, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (Disponible sur le site de la Cour).

dû, à la longue, apparaître plus productifs que l'absence à l'instance, politiquement désastreuse.

Quant aux compromis *ad hoc*, ils peuvent apparaître tout simplement, en fonction des circonstances, comme satisfaisant les intérêts généraux de la diplomatie américaine. Pour ce faire, la Cour de La Haye n'est pas le seul prétoire considéré comme pertinent et l'arbitrage - autre facette de la justice internationale - a pu au contraire apparaître comme décisive et préférable pour régler notamment le très lourd contentieux opposant les Etats-Unis à l'Iran.

b. Le refus catégorique de souscrire à la compétence de la Cour interaméricaine DH

10. Dans le cadre particulier de la protection juridictionnelle des droits de l'homme, on sait que ce sont les Etats qui décident également de souscrire ou non à la déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire des Commissions et Cours de protection des droits. Est-il besoin de rappeler que le mécanisme des « clauses facultatives » a longtemps permis à certains Etats européens de ne pas accepter la juridiction de la Commission européenne (article 25), comme celle de la Cour européenne des droits de l'homme (article 46) ? Ainsi, la France qui ne ratifiait qu'en 1974 la Convention européenne (CEDH) n'acceptait la « clause facultative du droit de recours individuel » du feu article 25 que le 2 octobre 1981, après que le juge français à la Cour de Strasbourg René Cassin ait longtemps menacé de démissionner.

Le système de la déclaration facultative, désormais révolue du système européen (nouvel article 32³⁶) est, par contre, toujours aujourd'hui le vestige puissant des souverainetés américaines (article 62³⁷), comme elle l'est des

36. Il est libellé comme suit : « 1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47§2. 2. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide. »

37. Il est libellé comme suit : « 1. Tout Etat partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion à la présente Convention, ou à tout autre moment ultérieur, déclarer qu'il reconnaît comme obligatoire, de plein droit et sans convention spéciale, la compétence de la Cour pour connaître de toutes les espèces relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention. 2. La déclaration doit être faite inconditionnellement, ou sous condition de réciprocité, ou pour une durée déterminée ou à l'occasion d'espèces données. Elle devra être présentée au Secrétariat général de l'Organisation, lequel en donnera copie aux autres Etats membres de l'organisation et au greffier de la Cour. 3. La Cour est habilitée à connaître de toute espèce relative à l'interprétation et à l'application des dispositions de la présente Convention pourvu que les Etats en cause aient reconnu ou reconnaissent sa compétence, soit par une déclaration spéciale, comme indiqué aux paragraphes précédents, soit par une Convention spéciale ».

souverainetés africaines (article 34§6³⁸). Contrairement à ce qui s'est passé à l'endroit de la compétence de la juridiction universelle, les Etats-Unis³⁹ n'ont jamais reconnu la compétence de la Cour de San José, refusant de façon catégorique le principe même d'une protection juridictionnelle des droits de l'homme à l'échelle régionale. Ici, la donne est claire et sans ambiguïté ; insusceptible de variations interprétatives, de nuances analytiques, qu'elles soient juridiques et *in fine* politiques. Depuis la mise en place du système interaméricain de protection des droits, la position de la diplomatie nord-américaine - quelle que soit la couleur politique de l'« Administration » - a été identique et n'a à aucun moment fourni les signes d'une quelconque évolution en la matière. Un politique de « rupture judiciaire » n'a pas pu avoir lieu car, qui dit rupture, dit au préalable, acceptation d'un accord sur une question donnée. Or, d'accord sur la compétence de la CIDH il n'y eut point. La première puissance mondiale est donc toujours restée à l'écart du puissant courant de juridictionnalisation de la protection des droits de l'homme, protection aujourd'hui *effective* sur trois continents sur cinq depuis l'entrée en vigueur le 25 janvier 2004 du Protocole de Ouagadougou créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

11. Le système interaméricain de protection des droits de l'homme est par voie de conséquence un système à trois niveaux d'adhésion. Le premier système universel est minimal et concerne tous les Etats membres de l'OEA. Tous les habitants de ces Etats jouissent de la protection par la Commission interaméricaine (Com.IDH) des droits reconnus dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948⁴⁰. Le deuxième système concerne les Etats membres qui ont ratifié la Convention interaméricaine, mais qui n'ont pas accepté la compétence de la Cour⁴¹. Le troisième système concerne les Etats qui ont ratifié la Convention et accepté la compétence de la Cour selon les dispositions de l'article 62 de la Convention interaméricaine⁴². Les Etats-Unis ne sont donc redevables que du premier système minimal...Or, même à cet égard, leur diplomatie

38. Il est libellé comme suit : « A tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5 (3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5 (3) intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration ».

39. Mais aussi le Canada, Cuba et huit Etats des Caraïbes.

40. Au 12 avril 2004, les Etats auxquels ne s'applique que la Déclaration américaine sont : Antigua et Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, Cuba, Etats-Unis, Guyana, Sainte-Lucie, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Vincent-et-Grenadines et Trinité-et-Tobago.

41. Au 12 avril 2004 Dominique, Grenade et Jamaïque.

42. Au 12 avril 2004, Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Chili, Equateur, El Salvador, Guatemala, Haïti, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Suriname, Uruguay et Venezuela).

judiciaire consiste à restreindre au maximum la compétence de la Commission IDH et à rejeter sa 'doctrine' laquelle, - quand bien même elle est totalement conforme à l'état positif du droit international - ne conviendrait pas à la conception que s'en font les Etats-Unis. *L'affaire des détenus de Guantanamo* portée devant la Commission IDH illustre à l'envi cette donne⁴³. Les Etats-Unis mis en cause devant cette instance - qui lui demanda d'adopter des mesures provisoires afin que les droits élémentaires des détenus soient protégés⁴⁴ - purent logiquement arguer du fait que leurs agissements ne tombaient pas sous le coup de son contrôle et que son rôle se limitait à fournir des orientations sur la mise en œuvre de la Déclaration américaine de 1948. C'était bien évidemment ici profiter de leur souscription minimale au système interaméricain des droits de l'homme. Ils ne se sont pas arrêtés à cette ligne légaliste de défense puisqu'ils en profitèrent pour expliquer à la Commission IDH - institution de protection des droits de l'homme - qu'elle n'avait pas compétence pour appliquer d'autres branches du droit international, plus particulièrement le droit international humanitaire⁴⁵. Et surtout d'insister sur le hiatus entre ces deux sphères afin d'écarter l'idée selon laquelle il existe un noyau commun de droits à ces deux ensembles normatifs.

12. Que les Etats-Unis aient brutalement retiré leur déclaration d'acceptation de juridiction obligatoire de la C.I.J. pour ne plus y souscrire ou qu'ils aient

43. Le 22 février 2002, trois organismes - le *Center for Constitutional Rights*, le *International Human Rights* et le *Clinic Center for Justice and International Law* - présentèrent devant la Com.IDH une requête dans laquelle ils dénonçaient les violations par les Etats-Unis de la III^e CG et de plusieurs dispositions de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 - détention arbitraire et prolongée, absence des garanties relatives à un procès équitable. Ils demandaient à la Commission qu'elle adopte des mesures provisoires afin de faire respecter les droits élémentaires des prisonniers. Pour une présentation détaillée de cette affaire *v. PÉREZ GONZÁLEZ (M.) RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (J-L)* «El caso de los detenidos de Guantanamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, pp. 11-40, spéc.pp.34-36. La décision du 12 mars 2002 est reproduite in *I.L.M.* 532 (2002).

44. Commission IDH, 12 de marzo de 2002, 114^o periodo ordinario de sesiones, nota dirigida por el Presidente de la Comision al Secretario de Estado de los Estados Unidos.

45. S'il est clair que le droit international humanitaire (DIH) ne fait pas partie du droit applicable par la Cour IDH, il semble en tout cas que la Commission IDH, quant à elle, ne s'interdit pas de l'utiliser comme un paramètre interprétatif des droits de l'homme tels que consacrés dans les instruments conventionnels interaméricains. Sur la jurisprudence de la Cour de San José en la matière, voir TIGROUDJA (H.) « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2002, pp. 86 et s. Pour un aperçu de la doctrine de la Commission, *v. ComIDH, Coard et al. v. United States* (Case n° 10.951, IACHR Report n° 109/99, 29 de septiembre de 1999); *ComIDH, Panama v. US Military action* (Admissibility, case n° 10.573, Report n° 31/93, *Annual Report*, 1993, §§22 et 24); *ComIDH, Disabled Peoples'International v. United States* (Admissibility, Application n° 9213, *Annual Report* 1986-1987, p. 184).

refusé d'emblée de participer au mouvement de juridictionnalisation de la protection inter-américaine des droits de l'homme, peut être déploré sur le plan politique et diplomatique, mais ne peut en aucun cas être mis à l'encan d'un strict point de vue juridique. Il s'agit d'autant de réactions et de positions de principe qui ne sont point la caractéristique d'une violation caractérisée de la légalité internationale. Bien au contraire, à l'instar d'autres Etats, le gouvernement américain manie savamment les simples *facultés* que le droit conventionnel leur octroie. Si l'Exécutif américain a su avec habileté joué avec les possibilités offertes par les « clauses facultatives » et de la C.I.J. et de la CIDH, il a su faire évidemment de même avec les principes fondamentaux du droit conventionnel dans le cadre des grandes conférences diplomatiques, *i.e.* les différentes phases d'élaboration et d'approbation des traités et, en l'occurrence, non des moindres : le traité portant statut de la Cour pénale internationale.

2. Le jeu contrasté de la participation aux conférences diplomatiques

13. Quel bilan dresser de la participation américaine aux négociations ayant conduit à la conclusion de ce traité censé représenter « une nouvelle dimension de la justice internationale »⁴⁶ ? Avec le recul, la politique juridique extérieure américaine a été marquée par un cynisme conventionnel maximal - mais rajoutera-t-on aussitôt - un cynisme qui fut loin d'être « hors la loi ».

a. La mise en œuvre d'une diplomatie classique : la participation aux négociations

14. L'Etat nord-américain a ainsi participé activement aux négociations - longues et difficiles - ayant conduit à l'approbation du statut de la Cour le 17 juillet 1998. Grâce au mécanisme conventionnel multilatéral mis en place sous la tutelle onusienne, ils ont été des parties négociatrices actives. La rupture avec la démarche consistant à faire progresser ce que l'on pourrait appeler la pénalisation du droit international public - qui relève plus globalement d'un lent « processus de moralisation de la vie politique »⁴⁷ - est intervenue ultérieurement : au stade du vote tout d'abord, de la signature ensuite.

C'était rompre ce faisant avec un engagement *historique* sans failles des Etats-Unis à l'endroit de la justice internationale pénale. En effet, qu'eut été

46. TAVERNIER (P.) « La Cour pénale internationale dans le contexte du droit international humanitaire », *International Criminal Court. A new dimension in international justice. Questions and prospects for a new humanitarian order*, PERRAKIS (S.) (ed.), Athens-Komotinis, 2002, pp. 29-41.

47. BENOUNA (M.) « La Cour pénale internationale », *Droit international pénal*, ASCENSIO (H.) DECAUX (E.) PELLET (A.) (dir.), Paris, Pedone, 2000, pp. 735-746.

la justice pénale au sortir du second conflit mondial - plus précisément la création et le fonctionnement du Tribunal Militaire international de Nuremberg - sans l'insistance et l'investissement actifs des représentants américains, plus spécialement du Président Truman et du juge Robert Jackson qui plaidèrent avec insistance aux côtés de la France pour la mise en place d'un « tribunal pour l'histoire, pour éduquer le monde »⁴⁸ ? Plus récemment, qu'eut été la destinée des Tribunaux *ad hoc* si les Etats-Unis (membre permanent) avaient pris le parti d'opposer un veto à la création, sur la base du Chapitre VII, de ces deux premières incarnations de l'idéal, longtemps inaccessible, d'une justice internationale pénale effective ?

15. Ainsi, malgré une longue tradition juridique à l'endroit de la sanction des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide, le choix diplomatique américain pris une toute autre tournure avec l'établissement, cette fois-ci, d'une Cour *permanente* sur la base du caractère consensuel de la technique conventionnelle. Cette politique de rupture découle directement d'un changement de perception de la défense des intérêts américains. Au sortir de la II^e guerre mondiale, le multilatéralisme est une donne acceptée de façon unanime par les puissances alliées. L'Exécutif américain y voit manifestement plus d'avantages que d'inconvénients pour la sauvegarde et la promotion de leurs points de vue. Dans le même ordre d'idées, au lendemain des massacres perpétrés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et du génocide commis au Rwanda, aucun intérêt vital nord-américain était menacé par l'institution de ces deux tribunaux *ad hoc* ; mieux, participer à leur création - en ne bloquant pas l'adoption des résolutions 808 (1993) et 955 (1994) sur la base du chapitre VII - valorisait leur engagement diplomatique en faveur de la lutte contre l'impunité. La même remarque vaut pour l'instauration actuelle des « Tribunaux internes internationalisés » au Cambodge, au Timor oriental, au Kosovo et au Sierra Leone. Si retards ou blocages il y a dans leur création et leur installation, ils ne viennent guère pour le coup des Etats-Unis⁴⁹.

16. *September 11th* !⁵⁰ Telle est la cause de la radicalisation de la diplomatie américaine qui détermine désormais, au cas par cas, ce qui relève ou non de

48. BASSIOUNI (M.C.) « Expérience des premières juridictions pénales internationales », *Droit international pénal, op.cit.*, p. 641.

49. BERTODANO (S. de) « Current developments in Internationalized Courts », *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pp. 226-244. D'un point de vue financier et administratif, comme le **Tribunal Spécial pour la Sierra Leone** (TSSL) n'a pas été créé par une résolution du Conseil de Sécurité sous le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, il ne peut pas bénéficier du même financement onusien que la TPIY et le TPIR. Il est ce faisant financé par un *Management Committee* composé des représentants de plusieurs pays, dont les Etats-Unis et le Nigeria.

50. On ne peut pas dans les limites de cette étude discuter des problèmes relatifs à l'émergence d'une nouvelle manière de terroriser les peuples et ses conséquences tant sur les

l'intérêt du pays. C'est un multilatéralisme à la carte qui scande la politique étrangère des Etats-Unis. Or, s'agissant de l'institution de la CPI - facette judiciaire éminente du multilatéralisme - il est évident que, non pas tant sa création, que l'étendue de ses compétences est apparu à l'Exécutif américain comme *en soi* profondément attentatoire à ses intérêts. Leur sauvegarde prend une tournure existentielle après le séisme de la destruction des deux tours de Manhattan et leur perception est plus aiguisée puisqu'elle valorise à l'extrême le ressortissant américain, au point d'établir un *distinguo* politique entre le national américain et les autres. On sait ce qui d'emblée ait apparu comme l'une des «erreurs» majeures (*flaws*) du Statut de Rome - pour reprendre l'expression de l'Ambassadeur Scheffer - la compétence *ratione personae* de la CPI, c'est-à-dire sa compétence pour exercer sa juridiction à l'égard de nationaux d'Etats non parties sans le consentement de ces derniers⁵¹.

On sait qu'avec la Chine, l'Inde, l'Irak, Israël, le Qatar, et la Libye, les Etats-Unis ont fait partie des «Sept» qui ont voté contre le Statut de Rome.

concepts du droit international que sur la protection des droits fondamentaux. On se permet ce faisant de renvoyer à des ouvrages collectifs sur la question : BANNELIER (K.) CHRISTAKIS (T.) CORTEN (O.) DELCOURT (B.) (sous la dir.), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, 356 p. (Col. Cahiers internationaux du Cedon Paris I, n° 17) ; BRIBOSIA (E.) WEYEMBERGH (A.) (sous la dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 305p. (Col. Droit et justice, n° 34).

51. Les articles de l'Ambassadeur D. J. SCHEFFER - représentant des Etats-Unis lors de la Conférence diplomatique de Rome - sont très instructifs dans la mesure où ils exposent parfaitement la ligne diplomatique nord-américaine et le "seuil" au-delà duquel l'Exécutif américain n'a pas voulu s'engager. Il n'est pas inintéressant ici de reproduire quelques passages de son article publié dans l'*American Journal of International Law* : « *The United States and the International Criminal Court* », 1999, 93, pp. 12-21 : « *The ICC is designed as a treaty-based court with the unique power to prosecute and sentence individuals, but also to impose obligations of cooperation upon the contracting states. A fundamental principle of international treaty law is that only states that are party to a treaty should be bound by its terms. Yet article 12 of the ICC treaty reduces the need for ratification of the treaty by national governments by providing the court with jurisdiction over anyone anywhere in the world, even in the absence of a referral by the Security Council, if either the state of the territory where the crime was committed or the state of nationality of the accused consents. Ironically, the treaty exposes non-parties in ways that parties are not exposed. .../...Equally troubling are the implications of article 12 for the future willingness of the United States and other governments to take significant risks to intervene in foreign lands in order to save human lives or to restore international or regional peace and security.* » (pp. 18-19). **Du même auteur** « *Staying the Course with the International Criminal Court* », *Cornell ILJ*, 2001, 45, pp. 47 et s. On lira en parallèle les commentaires de W. BOURDON, une voix autorisée de la FIDH, qui considère au contraire le libellé de l'article 12 comme « contradictoire avec le caractère universel de la Cour » et « de nature à entraver l'indépendance et surtout le caractère effectif » de celle-ci, v. *La Cour pénale internationale. Le statut de Rome*, introduit et commenté par BOURDON (W.) avec DUVERGER (Emmanuelle), Paris, Seuil, 2000, pp. 78-79.

Participer à une conférence diplomatique pour ne pas souscrire *in fine* au résultat de celle-ci, là encore n'a rien de bien déroutant dans l'univers des négociations internationales. On relèvera cependant que les Etats-Unis ont d'emblée manifesté leur méfiance - devenue, au final, défiance - à l'endroit de la Cour. Non seulement ils ne firent pas partie du camp des Etats *like minded* - sans que leur position ne subisse une quelconque variation en la matière - mais ils n'hésitèrent pas à contrer les positions les plus ouvertes en abattant le plus souvent « leur carte essentielle .../... dans les dernières heures précédant l'adoption du Statut, pour évidemment mieux en contrôler la mouture définitive⁵² ». Leur engagement diplomatique se développa tout azimut : sur le front des principes structurels (complémentarité, article 17), sur le front de la définition des infractions (crimes de guerre et crimes contre l'humanité), sur celui des éléments constitutifs du crime (article 9), sur le front de l'effectivité de la Cour (compétences du procureur, article 18 ; réserve nationale, article 73 ; engagements bilatéraux, article 98§2)⁵³.

Ainsi, ils pesèrent bien logiquement de tout leur poids dans les négociations afin d'orienter, toujours selon leurs intérêts, les dispositions du Statut de Rome pour en définitive dédaigner y souscrire. Mieux, voter contre n'a pas ultérieurement empêché les Etats-Unis - plus exactement l'Administration Clinton - de continuer parallèlement à participer aux travaux de la Commission préparatoire pour influencer notamment l'élaboration du Règlement de Procédure et de Preuve (RPP)⁵⁴ ainsi que les déterminants et fondamentaux éléments du crime⁵⁵ pour finir par signer *in extremis* le traité portant statut de la Cour le 31 décembre 2000.

52. BOURDON (W.) *op. cit.*, p. 23.

53. Sur tous ces points, on renvoie à la présentation des négociations par l'Ambassadeur américain D.J. SCHEFFER, *A.J.I.L.*, 1999, *passim*.

54. On se reportera à cet égard aux très intéressantes analyses de B. BROOMHAL, *International Justice and the International Criminal Court - Between Sovereignty and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2003, plus spécialement pp. 163-192 (IX. Cornerstone or Stumbling Block ? The Unites States and the ICC). Ils tentèrent de garantir l'immunité de leurs citoyens en tenant de conclure, dans le cadre des négociations du RPP, soit un Accord spécial avec les Nations Unies, soit un accord séparé entre les Nations Unies et la Cour. Pour plus de détails sur ces stratégies, v. KEITH (C.) « The first Five Sessions of the UN preparatory Commissions for the International Criminal Court », *A.J.I.L.*, 2000-4, pp. 785-786.

55. Pour une présentation extrêmement détaillée des négociations au sein de la Commission préparatoire aux fins de préciser les éléments constitutifs des crimes, v. DÖRMANN (K.) « Preparatory Commission for the International Criminal Court : The Elements of War crimes - graves breaches and violations of article 3 common to the Geneva Conventions of 12 august 1949 », *R.I.C.R. / I.R.R.C.*, n° 839, septembre 2000, pp. 771-796 et du même auteur « Preparatory Commission for the International Criminal Court : the elements of war crimes. Part II : Others serious violations of the laws and customs applicable in international and non-international armed conflicts », *R.I.C.R. / I.R.R.C.*, June 2001, vol. 83, n° 842, pp. 461-487.

b. La mise en place d'une diplomatie de rupture : la neutralisation de la signature du traité de Rome

17. L'arrivée à la Maison Blanche d'une nouvelle équipe a considérablement changé la donne. L'Administration Bush dont on connaît l'idéologie « néo-conservatrice » de ses membres les plus influents - tels le Secrétaire à la Défense Donald Rumsfeld ou encore son adjoint Paul Wolfowitz - a mis en place une logique de rupture tactique - certainement pas une rupture d'objectifs - en matière de politique judiciaire extérieure. Et de *neutraliser*, le 6 mai 2002, les effets juridiques de la signature du Statut de Rome réalisée sous l'empire de l'Administration Clinton. Les deux temps de leur « communication » sont marqués par le sceau d'une négation (expression de leur intention de ne pas devenir un Etat partie) et d'une assertion (expression de leur volonté de dénier toute portée juridique à leur signature)⁵⁶. Ce désengagement unilatéral et inédit effectué, le gouvernement américain mena, *ensuite*, une campagne sans précédent de dénigrement judiciaire et politique de la Cour pénale. Les spécialistes des relations internationales arriveront-ils à « dénicher » dans les recoins de l'histoire un ou plusieurs exemples où un changement d'équipe dirigeante a modifié à *ce point-là* les moyens tactiques et le cours d'une politique étrangère ?

18. Quoi qu'il en soit, du point de vue juridique, bien que la neutralisation des effets juridiques découlant de la signature - on pourrait même parler d'une procédure de « dénonciation de signature » - soit en tant que telle inédite par la forme qu'elle a revêtu, il n'en reste pas moins qu'il est difficile de trouver des arguments qui en font une attitude illégale du point de vue du droit des traités. En effet, si l'article 18 a). de la Convention de Vienne pose qu'un Etat *signataire* ne doit pas priver un traité de son objet de son but, il y **est** bien spécifié cependant *in fine* que ceci vaut « tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité⁵⁷. » Une telle incise

56. Le 6 mai 2002, le Secrétaire général a reçu du Gouvernement américain la communication suivante : « Par la présente, [les États-Unis] vous informent, eu égard au Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté le 17 juillet 1998, qu'ils n'ont pas l'intention de devenir Partie au traité. De ce fait, les États-Unis n'ont aucune obligation légale découlant de leur signature apposée le 31 décembre 2000. Les États-Unis requièrent que leur intention de ne pas devenir Partie, telle qu'exprimée dans cette lettre, soit reflétée dans l'état du traité du dépositaire ». (Disponible sur le site :

<http://untreaty.un.org/FRENCH/bible/frenchinternetbible/partI/chapterXVIII/treaty10.asp>).

57. L'article 18 dans son ensemble se lit ainsi : « Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet de son but : a). Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ou b). Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée. »

s'explique par le fait qu'entre la signature et la ratification d'un traité, un temps relativement long peut s'écouler et engendrer un changement d'attitude de la part des Etats signataires⁵⁸. Surtout, elle est normalement censée permettre à la représentation parlementaire de pouvoir s'exprimer et orienter la conduite des relations internationales qui, jusqu'à la signature, n'est le fait que des représentants de l'Exécutif. Partant, comme le soulignent fort à propos P. Daillier et A. Pellet, « le droit de refuser de ratifier est inhérent à la notion de procédure longue »⁵⁹ de conclusion des traités. Ce faisant, dans le cas de la neutralisation de la signature américaine, quand bien même le refus ne soit point venu d'une dissonance entre l'Exécutif et le Législatif, mais d'un retournement de tendance au sein même de l'Exécutif consécutif à un changement d'équipe gouvernementale, le fait est là : signer ne veut pas dire s'engager définitivement à être lié.

Marquée par un cynisme majeur, la politique judiciaire extérieure de la première puissance mondiale n'est pas encore, à ce stade, marquée du sceau de l'illégalité. La donne changea quand, devenu expressément Etat tiers au statut de la CPI, les Etats-Unis décidèrent d'agir de l'extérieur afin de détruire de la Cour, à tout le moins d'en diminuer considérablement l'efficacité.

B. De la manipulation des ressorts volontaristes du droit international

19. La « campagne américaine » contre la CPI, menée avec une redoutable détermination par l'Administration Bush met en exergue, *cette fois-ci*, la manipulation par la première puissance mondiale de tous les ressorts juridiques et politiques dont ils disposent pour détruire la principale manifestation conventionnelle qui réussit à s'imposer en matière de justice internationale pénale après plus de cinquante ans d'efforts et d'engagements doctrinaux et politiques. Avant de montrer la stratégie déployée par l'Exécutif américain pour instrumentaliser tant le droit conventionnel (2) que le droit dérivé des Nations Unies (1) - afin d'entamer la portée juridique (et partant politique) du traité portant création de la CPI, il convient rapidement ici de mentionner que le droit américain a également été utilisé dans cette entreprise consistant à ruiner - s'étant auto-proclamé Etat *tiers* - le statut de la Cour. *L'American Service Members' Protection Act* (ASPA), signé par le Président Bush le 2 août 2002 est le versant interne du refus américain de

58. Pour une analyse critique de cette disposition, v. CAHIER (P.) « L'obligation de ne pas priver un traité de son objet de son but avant son entrée en vigueur », *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris, Nathan, 1979, p. 36 ; v. également McDADE (P. V.) « The interim obligation between signature and ratification of a treaty », *Netherlands International Law Review*, 1985, vol. XXXII, n° 1, pp. 5-47.

59. DAILLIER (P.) PELLET (A.) *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002 (7^e éd.), p. 138.

participer au mouvement contemporain de pénalisation du droit international public⁶⁰.

1. L'instrumentalisation du droit dérivé du Conseil de Sécurité : les résolutions 1422 (2002) et 1487 (2003)

20. Grâce à une bataille diplomatique forcenée au sein du Conseil de sécurité où les Etats-Unis n'hésitèrent pas à user de leur droit de veto dans le cadre du renouvellement de la mission des Nations Unies en Bosnie - et à expliquer qu'ils récidiveraient pour toutes les résolutions futures du même ordre s'ils n'obtenaient pas gain de cause⁶¹ - ils réussirent à faire voter, le 12 juillet 2002, la désormais célèbre résolution 1422 sur la base du Chapitre VII de la Charte⁶² en détournant de façon évidente la signification de l'article 16 du Statut de la CPI⁶³. Et de récidiver un an plus tard avec le vote le 12 juin 2003 d'une résolution jumelle, la résolution 1487.

21. La résolution 1422, obtenue aux prix de négociations particulièrement houleuses reflète à l'envi la conception américaine actuelle 1). de la justice internationale pénale 2). de la défense des intérêts vitaux nationaux. En découvrant les visés de la résolution, on comprend instantanément la volte-

60. Présentée pour la première fois le 8 mars 2001 devant la Chambre par le républicain M. Delay, elle fut signée par le président G.W. Bush le 2 août 2002. Sa section 2004 interdit toute coopération américaine avec la CPI ; sa section 2006 empêche le transfert à la Cour de documents relevant de la sécurité nationale ; sa section 2007 interdit toute assistance militaire avec la plupart des Etats ayant ratifié le Statut de Rome ; sa section 2008, particulièrement controversée, autorise le Président à utiliser « tous les moyens nécessaires et appropriés » pour libérer un citoyen américain détenu par la CPI (communément appelé « *Hague Invasion Act* »). Un dernier amendement à la loi - l'« amendement Dodd » met en place ce que l'on pourrait appeler une « coopération juridictionnelle à la carte ». Ainsi, les Etats-Unis accepte de coopérer aux efforts internationaux, y compris avec la CPI, pour mener notamment devant la justice des ressortissants étrangers accusés de génocide, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité. Pour une présentation synthétique de cette loi, v. la chronique « Contemporary Practice of United States », *A.J.I.L.*, vol.96, 2002, pp. 975-977 ainsi que le Rapport de position n° 8 (n°345, novembre 2002) de la FIDH disponible sur le site de la Fédération et intitulé « *Non à l'exception américaine* ».

61. S. ZAPPALÀ, « The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute : comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and article 98 Agreements », *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pp. 114-134.

62. CS, Rés. 1422, (12 juillet 2002) : Voir l'analyse pénétrante de CARDONA LLORENS (J.) « La Corte penal y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales », *La Corte penal internacional – Un estudio interdisciplinar*, GÓMEZ COLOMER (J-L) GONZÁLEZ CUSSAC (J-L) CARDONA LLORENS (J.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 61-103.

63. Article 16 du Statut de Rome « Sursis à enquêter ou à poursuivre » : « Aucune enquête ni aucune poursuite ne peut être engagée ni menée en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée dans les mêmes conditions. »

face du gouvernement américain sur la signature du Statut de Rome puisqu'il y est d'emblée pointé du doigt la *summa divisio* entre les Etats parties au Statut qui «ont choisi d'accepter la compétence de la Cour» et ceux qui «ne sont pas parties au Statut» et «qui continueront de s'acquitter de leurs responsabilités devant leurs juridictions nationales en ce qui concerne les crimes internationaux». C'est l'idée même de l'idonéité d'une Cour permanente internationale qui est ici battue en brèche en présentant une *solution alternative* que certains Etats peuvent développer et promouvoir⁶⁴. On retrouve également l'aversion pour une Cour internationale dont la juridiction peut s'étendre aux nationaux d'Etats non parties : et de préférer s'en remettre aux vertus de la justice nationale des dits Etats.

La résolution peut faire l'objet d'une double analyse critique, technique tout d'abord ; téléologique ensuite. D'un point de vue technique, la résolution s'écarte sur au moins trois points de la lettre de l'article 16 du Statut de Rome⁶⁵.

1). Comme l'intitulé même de l'article 16 le fait comprendre, il est question de prononcer un « *sursis* » à enquêter ou à poursuivre ; or, la résolution 1422 anticipe sur toute enquête ou investigation en mentionnant au point 1 « que, *s'il* survenait une affaire .../...la CPI.../...n'engage ni ne mène aucune enquête ni aucune poursuite, sauf si le Conseil en décide autrement. » L'article 16 est donc instrumentalisé pour en faire une disposition qui, de manière préventive, anticipe sur des événements futurs (*immunité a priori*).

2). L'article 16 vise le sursis à enquête ou à poursuivre d'*affaires* dans lesquelles des crimes relevant de la compétence de la Cour ont pu être

64. On retrouve cette idée d'une « autre voie » dans les propos tenus par l'Ambassadeur américain P-R. PROSPER à l'occasion de l'explication de la « neutralisation » de la signature américaine du Statut de Rome : «*Under the Treaty law, if you will, when one is a signatory, the person, they - the state commits to not taking actions that would be designed to defeat the object and the purpose of the treaty. We, in order to maintain our flexibility - not only to protect our interests but to purpose alternative judicial system mechanism - decided to make clear that we will not to be part of this treaty and thus be able to take different approaches that may be different to the object and purpose the ICC treaty. And in short, what we have now is flexibility - not only to protect our interests in US service personnel, but to look elsewhere, to take alternative approaches to attack this problem.*» (Disponible sur le site www.wfa.org).

65. Ceci a très clairement été mis en évidence par ALCOCEBA GALLEGO (A.) « La illicitud internacional de los 'acuerdos antidoto' celebados por Estados Unidos para evitar la jurisdiccion de la CPI », *Anuario de Derecho Internacional*, 2003, XIX, pp. 349-372, spéc.pp.354-358. L'auteur en réalité mentionne quatre contrariétés. Je n'en retiens personnellement ici que trois car la question de l'immunité accordée pour 12 mois ne ressemble pas comme l'affirme l'auteur à un «renouvellement automatique». Il est toujours conditionné par l'obtention d'une nouvelle résolution du même ordre chaque année. Voir également l'article précité de CARDONA LLORÉNS (J.) «La Corte penal internacional y el mantenimiento de la paz...», *op. cit.*, spéc. pp.78-81.

commis. Il vise une situation matérielle. Or, la résolution organise l'immunité de certaines personnes expressément identifiées comme ressortissantes d'Etats non parties, une immunité *rationae personae* en somme. Elle instaure donc une césure entre certaines catégories de personnes qui, agissant dans le cadre d'« opérations établies ou autorisées par l'ONU », sont d'un côté ressortissantes d'Etats parties ; de l'autre ressortissantes d'Etats non parties. L'immunité ici n'est plus matérielle (suspension d'une enquête et/ou de poursuites à l'encontre d'un crime commis dans le cadre d'un conflit précis), mais personnelle (suspension d'une enquête et/ou de poursuites à l'encontre de personnes très précisément identifiées).

3). L'article 16 mentionne que la résolution qui permet au Conseil de Sécurité de suspendre pendant 12 mois l'action de la Cour doit être adoptée sur la base du Chapitre VII. Or, bien que la résolution 1422 se base sur ledit Chapitre, elle n'a pas démontré en quoi l'immunité *a priori* et personnelle qu'elle participe à mettre en place est nécessaire du point de vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Ou plutôt la résolution met en perspective cette dialectique, mais pour mieux dénaturer l'idéal du maintien de la paix.

22. On passe en réalité ici subrepticement à la critique de la résolution 1422 qui s'appuie sur une interprétation d'ordre téléologique. Si on interprète la résolution en ayant égard au but et aux objectifs du Traité ayant institué la CPI, on ne peut que constater qu'elle présente une vision du maintien de la paix et de la sécurité internationales pour le moins paradoxale. Il y est en effet affirmé que pour que les Etats membres «soient en mesure de concourir aux opérations décidées ou autorisées par le Conseil de sécurité», il faut que «des responsables en activité ou d'anciens responsables ou des personnels d'un Etat contributeur qui n'est pas partie au Statut» - et qui seraient sous le coup d'une enquête menée par le procureur de la CPI - ne puissent être inquiétés par celle-ci. C'est ici que l'article 16 est détourné de son objectif tel que prévu lors des négociations et sert de base juridique pour permettre une suspension des enquêtes pendant douze mois. Le tempo dual de la résolution peut ainsi être systématisé : « oui » à la participation à des OMP pour remplir la mission cardinale des Nations Unies consistant à assurer la paix et la sécurité internationales ; « non » à la sanction par la CPI des éventuels crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide perpétrés dans le cadre de ces OMP par des ressortissants d'Etats non parties ! Cette négation équivaut tout simplement à vider de son sens, l'objet et le but le statut de la Cour dont son préambule rappelle avec force que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde. » Ainsi, considérer que l'action de la Cour serait constitutive d'une atteinte et/ou d'une menace

à la paix et la sécurité internationales est totalement contradictoire avec la lettre (Préambule) et bien sûr l'esprit du Statut de Rome⁶⁶ !

23. Malgré ce succès de la diplomatie américaine et le recul subséquent des principes régissant le fonctionnement de la Cour, l'Exécutif américain ne s'en satisfait point. En effet, la « couverture » des actions des nationaux d'Etats non parties dans le cadre d'OMP n'est que temporaire et sujette à renouvellement : l'activation de *l'article 16 réinterprété* n'a lieu que pour une durée d'un an à partir du 1^o juillet 2002⁶⁷. Autrement dit, le 1^o juillet de chaque année, il faut que les Etats-Unis réussissent à obtenir au sein du Conseil de sécurité le quorum nécessaire pour renouveler ce que les ONG n'ont pas hésité à appeler une « immunité à la carte ». **Et de « renouvellement acquis », il n'est effectivement point question, les relations internationales démontrant qu'à chaque instant, des retournements de situations sont possibles⁶⁸...** Partant, le deuxième axe de l'offensive diplomatique menée contre la CPI a pris l'allure d'une instrumentalisation du droit conventionnel classique toujours sur la base d'une interprétation tendancieuse d'une autre disposition clé du Statut de Rome, l'article 98§2 pour ne pas le nommer.

2. *L'instrumentalisation du droit conventionnel : les « accords bilatéraux » de l'article 98§2.*

24. L'ambition nord-américaine a clairement été affichée par l'Administration Bush : il s'agit de conclure des accords bilatéraux dans le dessein de court-circuiter l'effectivité d'un traité multilatéral - dont les objectifs ont *pourtant* été reconnus comme étant fondamentaux pour le

66. Qu'en est-il dans ces conditions de la légalité d'une résolution du Conseil de sécurité qui aboutit à modifier une Convention internationale qui véhicule, au demeurant, des principes fondamentaux de l'ordre juridique international contemporain ? Le serpent de mer du contrôle des actes du Conseil de Sécurité resurgit ici avec force, mais pour mieux pointer l'inexistence de la sanction et *in fine* l'impuissance des mécanismes du droit international à parer une interprétation *contra legem*.

67 BROOMHAL (B.) *International Justice and the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 180.

68 L'échec américain du 23 juin 2004 est à cet égard cinglant. Ils n'obtinrent pas le renouvellement automatique de la résolution 1487 grâce à l'opposition du Secrétaire Général qui réussit à rallier à sa cause des membres importants du Conseil de Sécurité, au premier rang desquels la Chine. Pour la première fois, l'immunité réclamée par le gouvernement américain n'était plus acceptable au vu du scandale des prisonniers irakiens torturés de la prison d'Abou Ghraïb. Voir « US. Immunity Demand Could Divide U.N », June 18, 2004, *Associated Press Writer* ; « Les Etats-Unis mis en échec à l'ONU à propos de la CPI », *Le Monde*, 25 juin 2004.

maintien de la paix et de la sécurité internationales⁶⁹. Ces accords, conclus tantôt avec des Etats signataires comme avec des Etats parties au Statut de Rome, consistent à empêcher que des fonctionnaires et employés du gouvernement américain, comme des militaires et civils américains puissent être attraités devant la Cour, sans le consentement exprès des Etats-Unis.

Il y a plusieurs manières d'analyser ces accords dits « d'immunité » afin de déterminer s'ils entrent ou non en contradiction manifeste avec le droit international. Le premier temps de l'analyse consiste à évaluer l'idonéité de leur base juridique ; le deuxième temps se base sur l'identification des Etats qui ont accepté de **les** conclure ; enfin, le troisième temps consiste à se pencher sur le contexte de leur conclusion.

a. Le détournement du sens de l'article 98§2 du Statut de Rome

25. La tactique utilisée et déjà éprouvée - trouver une base juridique au sein même du Statut de Rome, en l'occurrence l'article 98§2⁷⁰, pour fonder une action développée dans le seul intérêt de préserver des intérêts évalués comme primordiaux par le gouvernement américain - est-elle irréprochable du point de vue légal ? L'article 98§2 a-t-il été utilisé - avec cynisme, mais à bon escient - ou a-t-il plutôt été instrumentalisé, c'est-à-dire détourné de son objectif initial afin de mettre en œuvre une politique judiciaire extérieure en totale contradiction avec l'objet et le but de la CPI ?

Il apparaît manifeste, en prenant connaissance des travaux préparatoires de la CPI, que le but de l'article 98§2 était d'assurer que l'application de traités *préalablement* conclus entre les Etats parties de la CPI relatifs au Statut des Forces (*Status of Force Agreements*, SOFAs)⁷¹ (ou encore l'application de traités relatifs à des procédures d'extradition) ne soient pas affectés

⁶⁹. CARDONA LLORÉNS (J.) *op. cit.*, *passim*.

⁷⁰. L'article 98§2 se lit comme suit : «La Cour ne peut présenter une demande de remise qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'Etat d'envoi est nécessaire pour que soit remis à la Cour une personne relevant de cet Etat, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'Etat d'envoi pour qu'il consente à la remise.»

⁷¹. Un accord sur le statut des forces est un traité qui régit le statut légal des membres des forces armées d'un Etat (l'Etat d'origine) stationnées dans un autre Etat (l'Etat de séjour). Il précise quel Etat a le devoir d'ouvrir une enquête et, s'il existe des preuves recevables suffisantes, d'engager des poursuites contre les membres des forces armées de l'Etat d'origine soupçonnés d'avoir commis des crimes sur le territoire de l'Etat de séjour. Voir le dossier extrêmement complet et précis élaboré par *Amnesty International*, « Cour pénale internationale. La campagne américaine en vue d'obtenir l'immunité de juridiction pour les actes de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité », Londres, août 2002, Index AI, IOR 40/025/02.

démésurément par l'entrée en vigueur du Statut de Rome⁷². Ce type d'accord - dont le plus connu est l'Accord sur le Statut des Forces de l'OTAN - a pour objet d'établir des règles précises de répartition des compétences entre les Etats d'envoi et les Etats de séjour aux fins de juger les personnes (déterminées de façon restrictive) qui se rendraient coupables de crimes. Il est question de régler des conflits de juridiction par l'instauration de principes précis⁷³. Rien à voir donc avec les accords bilatéraux conclus par les Etats-Unis *postérieurement* à la signature du Statut de Rome qui, eux, ont pour objectif d'éviter que soit activée la compétence de la Cour à l'égard de tout le personnel civil et militaire au service du gouvernement des Etats-Unis comme à l'égard des nationaux américains - et, mieux (ou pire !), également à l'égard des ressortissants des Etats qui ont conclu de tels accords quand ceux-ci incluent une clause de réciprocité. C'est la lettre (notamment l'article 98§2 *in fine*), mais aussi l'esprit de l'article 98§2 (établir une sorte de règle de conflit en cas de contrariété entre plusieurs obligations internationales) qui sont manifestement dévoyés. Si l'*ultra vires* est manifeste, l'opposabilité du détournement du sens de l'article 98§2 n'est pas identique selon que l'on est confronté aux Etats-Unis et aux Etats tiers d'un côté et aux autres Etats, signataires ou parties au Statut de Rome, de l'autre.

b. La violation de leurs obligations par les Etats signataires et les Etats parties au Statut

26. Les Etats-Unis ont conclu plus de soixante « accords d'immunité » sur la base d'une interprétation dévoyée de l'article 98§2 du Statut de Rome. Certains avec des Etats tiers au Statut - comme l'Azerbaïdjan, le Bhoutan, El Salvador, l'Inde, Israël, le Kazakhstan, la Mauritanie, les îles Maldives, la Micronésie, le Népal, le Nicaragua, le Pakistan, Palau, le Rwanda, le Sri Lanka, le Togo, Tonga, Tunes et Tuvalu - soit dix-neuf Etats⁷⁴. Regrettable

72. Ainsi l'ont relaté deux membres de la Délégation allemande à la Conférence de Rome : «...the idea behind the provision (art.98§2) was to solve legal conflicts which might arise because of Status of Forces Agreements which are already in place. On the contrary, article 98§2 was not designed to create an incentive for (future) State Parties to conclude Status of Forces Agreements which amount to an obstacle to the execution of requests for cooperation issued by the Court. », KAUL (H-P.) KRESS (C.) « Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court : Principles and Compromises », *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, n° 2, p. 165.

73. Exemple : Accord sur le Statut des Forces de l'OTAN, 19 juin 1951, *UNTS*, vol. 199, p. 67 et s.

74. Cette liste résulte d'une comparaison mise à jour au 12 avril 2004 entre la liste des Etats ayant souscrits des accords bilatéraux avec les Etats-Unis (disponible sur le site www.wfa.org) et la liste des Etats signataires et des Etats parties disponible sur le site des Nations-Unies concernant l'état des signatures et ratifications du statut de Rome (www.untreaty.org).

politiquement, la politique juridique extérieure de ces Etats ne peut guère être mise à l'index légalement en vertu du principe de l'effet relatif des traités consigné à l'article 34 de la Convention de 1969. Tout autre est la situation des Etats signataires qui, ont l'a vu, ne doivent pas mettre à mal l'objet et le but du traité tant qu'ils n'ont pas manifesté leur intention de ne pas devenir partie à celui-ci (v. article 18 a). *in fine* de la Convention de Vienne). Or, mis à part Israël qui a manifesté son intention de ne pas devenir un Etat partie du Statut et à qui on ne peut donc opposer la violation du Statut pour avoir conclu avec les Etats-Unis un « accord d'immunité », tous les autres Etats signataires n'ont pas manifesté leur refus d'être définitivement lié par le Statut. Autrement dit, on peut considérer que les quatorze *Etats signataires*⁷⁵ qui ont conclu des accords bilatéraux avec l'Exécutif américain ont enfreint les règles du droit des traités consignés à l'art.18 a). de la Convention de Vienne dont on sait par ailleurs qu'elle a valeur coutumière⁷⁶. S'agissant des *Etats parties* au Statut qui ont conclu avec les Etats-Unis les fameux accords appelés de façon impropre, mais à dessein par leur promoteur, les « accords 98§2 », la violation est manifeste. Ici, c'est l'article 26 de la Convention de Vienne posant le principe *Pacta sunt servanda* qui a été enfreint par 30 Etats - l'Afghanistan, la Barbade, la Bolivie, le Botswana, le Cambodge, la Colombie, la République du Congo, Djibouti, le Gabon, le Ghana, la Guinée, Le Malawi, les îles Marshall, l'île Maurice, la Mongolie, Nauru, le Nigeria, la Roumanie, le Sénégal, l'Ouganda, la Zambie, la Bosnie-Herzégovine, la Gambie, la Géorgie, le Honduras, la Macédoine, Panama, le Sierra Leone, le Tadjikistan, le Timor-oriental⁷⁷. On peut à cet égard regretter l'attitude particulièrement ambiguë de l'Union européenne⁷⁸ qui - bien qu'elle s'engagea de façon solennelle et ferme pour l'avènement de la CPI⁷⁹ - ne sut pas condamner clairement de tels accords et surtout prohiber leur conclusion par les Etats membres comme par les Etats candidats⁸⁰. Les *principes directeurs* qu'elle dégagaa

75. Il s'agit, au 12 avril 2004, du Bahreïn, du Bangladesh, de la République Dominicaine, de l'Egypte, de la Côte d'Ivoire, du Koweït, du Libéria, de Madagascar, du Maroc, du Mozambique, des îles Seychelles, de la Thaïlande, de l'Ouzbékistan et des Philippines.

76. C.I.J., arrêt, 3 février 1994, *Libye c. Tchad*, § 41.

77. *Idem* note 72.

78. Pour une analyse très complète de la question, v. PONS RAFOLS (X.) « La Unión europea ante la Corte Penal Internacional », *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 16, Septiembre-diciembre 2003, pp. 1067-1117. De même, v. KIFS (E.) « Reflections of the European Union to the Bilateral Immunity Agreements », *Miskolc Journal of International Law*, Vol.1 (2004), n° 1, pp. 19-24 (www.mjil.hu).

79. Conseil de l'Union européenne, Position commune, 1° juin 2001 relative à la Cour Pénale internationale (2001/443/PESC), article 1.

80. La Roumanie, Etat candidat à l'adhésion à l'Union européenne, Etat partie au Statut depuis le 11 avril 2002, a toutefois signé dans la foulée - le 1° août 2002 - un accord

dans les conclusions du Conseil Affaires Générales et Relations extérieures du 30 septembre 2002⁸¹ - dans le but d'interpréter les « accords d'immunité » conformément au Statut de la Cour - ne font *in fine* que les entériner, ce que ne manqua pas de réprouber fermement le Parlement européen⁸².

c. Le contexte de la conclusion des accords

27. On pourrait arguer de la contrainte des Etats-Unis sur les quelque 60 Etats - pour la plupart faibles économiquement et militairement - qui ont souscrit lesdits accords à la suite de pressions avérées⁸³ de la part des représentants du gouvernement américain. De la contrainte exercée à l'endroit des ces pays, découlerait la nullité desdits accords. On connaît cependant le revers subi à Vienne par les pays en voie de développement qui voulaient intégrer - parmi les types de contraintes constitutives de vices du consentement - celle d'ordre économique. Or, le libellé final de l'article 52 du « Traité des Traités » n'a pas répondu à leurs attentes⁸⁴. Quand bien même certains auteurs à juste titre considèrent que parmi les « principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies » figurent en bonne place celui de « l'égalité souveraine de tous les Etats » (article 1, al.2 et article 2§1 Charte), dont une application de bonne foi est difficilement compatible avec l'exercice de la contrainte économique⁸⁵, il n'est pas sûr toutefois qu'une telle interprétation résiste à l'analyse des travaux préparatoires de la Convention de Vienne. Ces derniers démontrent à l'envi que l'intention des auteurs - après d'âpres négociations - était justement d'exclure la « violence économique » comme le prouve *a contrario* la Déclaration annexe à la Convention de Vienne.

d'immunité avec les Etats-Unis. Suite aux pressions exercées par l'Union, ils n'ont pas toutefois ratifié.

81. Elles ont été réitérées dans la Position commune du 16 juin 2003 (2003/444/PESC), JOCE L 150 du 18 juin 2003.

82. Parlement européen, résolution, 24 octobre 2002 sur la position du Conseil affaires Générales relative à la CPI (P5-TA (2002) 0521).

83. Ces pressions ont été relatées par les médias et relayées par les ONG ; la « Coalition pour la Cour pénale internationale » s'en fait régulièrement l'écho. Surtout, elles ne se sont guère développées de façon secrète, mais le plus souvent au grand jour, le gouvernement américain conditionnant ouvertement la poursuite de son appui militaire et/ou économique à la conclusion de ces accords.

84. Il est intitulé et libellé comme suit : *Contrainte exercée sur un Etat par la menace ou l'emploi de la force*. « Est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies. »

85. DUPUY (P-M.) *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2002 (6^e édition), pp. 276-277.

28. Ainsi, s'il apparaît délicat pour ne pas dire impossible de dénoncer les accords d'immunité sur la base de l'article 52 de la Convention de Vienne (contrainte), il apparaît plus réaliste de considérer que ces accords signés par des Etats parties, mais aussi des Etats signataires du Statut de Rome sont une atteinte au principe de bonne foi (article 26), et une violation du principe de ne pas enfreindre l'objet et le but d'un traité (article 18). Il n'en reste pas moins que la pratique massive de conclusion de ces accords comme les réactions juridiques très molles des Etats et/ou organisations tierces - comme celles de l'Union européenne - ne sont pas suffisants pour que les Etats-Unis considèrent qu'il est de leur intérêt de changer le cours de la conduite de leur politique judiciaire internationale.

Se tenir à l'écart *au cas par cas* du mouvement de juridictionnalisation qui marque profondément le droit international contemporain n'est pas la seule manifestation nord-américaine à l'endroit de la justice internationale. Les Etats-Unis ont développé une conception particulièrement restrictive des principes régissant le bon fonctionnement de la justice, dès que ces principes sont issus des règles du droit international.

II. L'ambivalence à reconnaître les *Principes et Procédures* judiciaires internationaux

29. Les principes élémentaires gouvernant le « procès équitable », concept-phare du droit au juge aujourd'hui internationalement consacré et protégé, ne sont pas respectés à partir du moment où l'obligation qui les porte est tirée d'un instrument international et ce, quel que soit le contexte politique en cause : en temps de paix (A) comme en tant de « guerre » (B).

A. L'ambivalence en temps de paix

30. Quel que soit le pouvoir constitué américain en cause - le pouvoir judiciaire et/ou le pouvoir exécutif - les Etats-Unis sont les chantres d'un « exceptionnalisme judiciaire » pour le moins étonnant qui consiste à refuser d'appliquer les obligations tirées du droit international qui leur imposent de respecter, dans le cadre des standards du procès équitable, certaines *procédures* (1) comme certains *droits* fondamentaux (2).

1. Le refus de mettre en œuvre les *procédures* d'«entraide judiciaire»

31. Les tribunaux nationaux américains sont accoutumés du fait. Il n'a donc pas fallu attendre l'arrivée au pouvoir d'une Administration « néo-conservatrice » pour que le juge américain n'hésite pas à braver le respect du

droit international. Ce qui est à ce stade intéressant de relever est l'existence d'une sorte de « suivisme judiciaire » qui consiste pour le juge à s'aligner sur la politique diplomatique générale américaine... que celle-ci soit légaliste ou pas. Deux exemples permettent de mettre en relief cet état de fait. Il s'agit d'une tendance lourde, de fond, qui quand bien même elle souffre d'exceptions, n'en est pas moins très sérieusement ancrée dans la pratique judiciaire.

32. On ne compte plus les affaires où - à la suite d'une violation par les autorités exécutives américaines de l'interdiction du droit de poursuite terrestre en territoire étranger - cette violation a été validée *ex post* par les autorités judiciaires. L'arrêt fameux de la Cour Suprême américaine du 15 juin 1992 dans l'affaire *United States v. Alvarez-Machain*⁸⁶ est l'emblème d'une telle approche⁸⁷. Et la Cour suprême de délivrer une interprétation insensée du traité bilatéral américano-mexicain - qui logiquement aurait du être activé afin que le Mexique extrade son ressortissant - « en prétendant qu'il se contentait de régler les procédures d'extradition, sans interdire les enlèvements » et en rajoutant, *last but not least* que les règles du droit international ne prohibaient pas que l'on arrive à une telle solution⁸⁸... Et de légaliser, par les détours mystérieux de l'interprétation judiciaire, une action illégale perpétrée par les agents de l'Exécutif américain. Il ne s'agit pas d'une affaire isolée qui serait une désolante et regrettable exception. Le juge américain récidivait en 1995 dans l'affaire *United States v. Matta-Ballesteros* en légalisant l'enlèvement au Honduras d'un ressortissant hondurien pour l'attirer devant la justice américaine⁸⁹. Plus récemment, c'est l'affaire *United States v. Duarte-Acero* qui donna l'occasion au juge de continuer à fournir des interprétations fallacieuses des règles du droit

86. *United States v. Alvarez Machain*, 504 US 655 (1992). Le professeur P-M. DUPUY n'hésite pas à présenter cette affaire dans son manuel sous un jour critique affirmant que cet arrêt illustre : « le peu de cas que les agents secrets mais aussi bien les juges internes font du respect du droit international! » *Ibid.*, p. 65.

87. Au mépris de l'exclusivité des compétences territoriales, des représentants des services secrets américains enlevèrent au Mexique un ressortissant mexicain qui, sur le territoire mexicain, avait assassiné un agent américain anti-drogue. Une fois traduit devant les juridictions américaines, la question était de savoir si la violation du traité d'extradition américano-mexicain pouvait être alléguée afin d'éviter qu'un ressortissant mexicain soit jugé par un tribunal américain pour un crime au Mexique contre un citoyen américain.

88. GLENNON (M.-J.) « State Sponsored Abduction : A Comment on *United States v. Alvarez-Machain* », *A.J.I.L.*, 1992/4 ; LEIGH (M.) « Is the President above Customary International Law ? », *A.J.I.L.*, 1992/4, pp. 757-763. Pour une défense de la décision de la Cour Suprême, HALBERSTAM (M.) « In Defense of the Supreme Court Decision in *Alvarez-Machain* », *A.J.I.L.*, 1992 : 4, pp. 736-746.

89. *United States v. Matta- Balesteros*, 71 F.3d (9th Cir. 1995).

international⁹⁰. Le juge délivra tout d'abord une interprétation absurde de la responsabilité des Etats parties telle que déclinée à l'article 2 du Pacte International sur les Droits Civils et Politiques PIDCP ; et d'estimer que cette disposition permettait à un Etat partie de violer ses obligations internationales telles qu'inscrites dans le Pacte à partir du moment où ces violations sont perpétrées par des ressortissants des Etats parties en territoire étranger. Et d'éradiquer d'un seul coup le principe de la compétence personnelle des Etats sur leurs ressortissants se situant à l'étranger et de faire fi de la doctrine réitérée du Comité des droits de l'homme sur des affaires du même ordre⁹¹ ; bref, de délivrer une interprétation pour le moins douteuse de la notion de « juridiction » telle qu'inscrite à l'article 2 du PIDCP. Le juge considéra ensuite que le Pacte International sur les Droits Civils et Politiques (PIDCP) de 1966 n'était pas *self-executing* et qu'il ne créait pas, ce faisant, de droits susceptibles d'être justiciables devant les tribunaux américains...

33. Le juge n'aura pas la même attitude quand l'Exécutif aura intégré dans son droit interne une obligation internationale particulière, autrement dit quand il aura considéré que le respect du droit international - par une transformation franche et nette en droit interne - servait *in fine* ses intérêts. Le cas du pasteur rwandais de l'Eglise Adventiste du Septième jour, *Elizaphan Ntakirutimana*- qui avait trouvé refuge aux Etats-Unis après le génocide de 1994 - est topique à cet égard. La Cour d'Appel de la province sud du Texas rejeta l'argumentation erronée du tribunal de première instance de Laredo qui, pour refuser d'exécuter la demande de « transfert » du Pasteur déposé par le Tribunal Pénal international pour le Rwanda (TPIR)

90. *United States v. Duarte-Acero*, US Court of Appeals (11th Circuit), July 12, 2002. Les faits à l'origine de l'affaire peuvent être résumés ainsi. En 1982, José Duarte-Acero, ressortissant colombien et trois de ses complices, enlevèrent deux agents anti-drogue à Carthagène en Colombie. Ils les blessèrent sans les tuer. Duarte, fut déclaré coupable par une juridiction colombienne d'enlèvement et de tentative de meurtre. Il fut mis en prison et relâché en décembre 1984. La demande d'extradition américaine ayant été rejetée par la Cour Suprême de Bogota, Duarte était, du point de vue du système judiciaire colombien, une personne libre depuis décembre 1984. En 1997, grâce à un stratagème monté par deux agents américains, Duarte se rendit en Equateur croyant qu'il allait traiter une opération commerciale en matière informatique ; arrivé sur le territoire équatorien, il fut arrêté par la police du pays qui l'informa derechef qu'il était expulsé et fut remis aux agents américains qui l'emmenèrent directement aux Etats-Unis afin d'être jugé par les juridictions américaines du kidnapping et de la tentative de meurtre commis en 1982. v. SLOSS (D. L.), *A.J.L.*, vol.97, 2003, pp. 411-418.

91. « It would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violation it could not perpetrate on its own territory », Comité des DH, 17 juillet 1979, *Celiberti v. Uruguay*, §10.3, Communication n° R13/56, UN Doc. Supp. n° 40 (A/36/40) ; Comité des DH, 6 juin 1979, *Lopez Burgos v. Uruguay*, §12.3, Communication n° R12/52, UN Doc. Supp. n° 40 (A/36/40).

argua du fait que le Tribunal international avait été illégalement établi, que les preuves étaient insuffisantes pour soutenir l'allégation de génocide et qu'enfin la procédure de « transfert » était illicite car ne reposant sur aucun traité d'extradition !⁹² Le jugement de la Cour d'appel réfuta tous ces points en mettant en exergue notamment le fait que :

“In 1995, the President of the United States entered into an executive agreement with the ICTR, entitled the Agreement on Surrender of Persons Between the Government of the United States and the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighboring States ("Agreement"). The Agreement provided that the United States "agrees to surrender to the Tribunal . . . persons . . . found in its territory whom the Tribunal has charged with or found guilty of a violation or violations within the competence of the Tribunal." Agreement, art. 1, cl. 1, Jan. 24, 1995, U.S.-Int'l Trib. Rwanda, 1996 WL 165484, at *1 (Treaty). In 1996, Congress enacted Public Law 104-106 to implement the Agreement. See National Defense Authorization Act, Pub. L. 104-106, § 1342, 110 Stat. 486 (1996). Section 1342(a)(1) of this legislation provides that the federal extradition statutes (18 U.S.C. §§ 3181 *et seq.*) shall apply to the surrender of persons to the ICTR. Among the statutory provisions made applicable is 18 U.S.C. § 3184. This section authorizes a judicial officer to hold a hearing to consider a request for surrender. If the judicial officer finds the evidence sufficient to sustain the charges under the treaty or convention, then the officer certifies to the Secretary of State that the individual may be surrendered. See also 18 U.S.C. § 3186 (conferring final authority on the Secretary of State to order a fugitive's surrender where a judicial officer has ruled that the requirements for extradition have been met)⁹³”.

La Cour suprême, saisie d'une demande de suspension de la procédure d'extradition par le biais d'un *writ of certiorari*, rejeta le 24 janvier 2000 la requête, donnant ainsi raison à la Cour d'appel ce qui permit le transfert de l'inculpé et sa condamnation à 10 ans d'emprisonnement trois ans plus tard

92. On ne peut manquer de relever ici à quel point le juge américain de première instance faisait fi des règles élémentaires de droit international et de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. En effet, à la suite de l'affaire *Tadic (compétence)* du 10 août 1995, le TPIR dans l'affaire *Kanyabashi* du 18 juin 1997, soit six mois avant la décision du Tribunal de Laredo, avait rejeté l'exception préliminaire soulevée par la défense qui contestait la compétence du Tribunal d'Arusha en réfutant point par point les quatre objections principales invoquées (l'établissement du tribunal viole le principe de souveraineté des Etats ; le Conseil de sécurité n'est pas compétent pour établir un tel Tribunal ; le Conseil de sécurité n'a aucun pouvoir à l'égard des individus ; le Tribunal n'est ni impartial, ni indépendant du fait de sa création par le Conseil de sécurité, organe éminemment politique). v. B. STERN, « Légalité et compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda : l'affaire Kanyabashi », *Actualité et droit international*, Février 1999, 3p. <http://www.ridi.org/adi>

93. *Elizaphan Ntakirutimana v. Reno*, US Court of Appeals, Fifth Circuit, 5 august 1999, (no. 98-41597). (Disponible sur le site <http://lw.bna.com/lw/19990817/9841597.htm>).

Toutefois, il faut souligner que l'arrêt est affublé d'opinions séparées particulièrement critiques de la part des juges Robert Parker et Harold De Moss qui ont respectivement émis des doutes sur la fiabilité des preuves d'une part et sur la légalité de la procédure d'extradition d'autre part qui nécessiterait la conclusion d'un traité en bonne et due forme.

par le TPIR⁹⁴. On peut estimer ici que le juge d'appel comme le juge suprême se sont alignés judiciairement sur la ligne politique de l'Exécutif qui avait montré par de multiples manières qu'il était désireux de coopérer sans entraves aucune avec les juges d'Arusha et qu'il avait tout entrepris juridiquement pour ce faire.

2. Le refus de mettre en œuvre le « droit à la protection consulaire »

34. De l'avis consultatif de la CourIDH dans l'*Affaire relative au droit à la protection consulaire*⁹⁵, aux affaires *LaGrand* (Allemagne c. Etats-Unis)⁹⁶ et *Avena* (Mexique c. Etats-Unis)⁹⁷ - en passant par l'affaire ayant opposé à l'instance, le Paraguay aux Etats-Unis⁹⁸ - on connaît la persistante violation par les autorités nord-américaines de la Convention sur les relations consulaires du 24 avril 1963 et plus précisément son article 36§1(b) (« Communication avec l'Etat d'envoi »).

Le hiatus apparaît ici une fois encore entre le « *municipal law* » et l'« *international law* »⁹⁹; le premier prévalant sur le second pour les juridictions et le gouvernement américains. Et de mettre en avant des doctrines de droit interne comme celle de la carence procédurale « *procedural default* »¹⁰⁰ afin de ne pas appliquer une Convention pourtant

94. TPIR, *Le Procureur c. Elizaphan c. Ntakurimana et Gérard Ntakurimana*, 19 février 2003 (1 : ICTR-96-10 ; 2 : ICTR-96-17) (Disponible sur le site du tribunal : www.ictj.org).

95. CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 (disponible sur le site de la CourIDH : <www.corteidh.org.cr>).

96. L'affaire donna lieu au désormais historique arrêt *LaGrand* du 27 juin 2001, v. WECKEL (Ph.) Chronique, *R.G.D.I.P.*, 2001-3, pp. 763-774 ; ACEVES (W.J.) *op. cit.*, pp. 210-218 ; SANTULLI (C.) « Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires Breard et LaGrand », *Annuaire Français de Droit international*, 1999, pp. 101-131.

97. C.I.J., fond, 31 mars 2004, *Avena* (disponible sur le site de la C.I.J.).

98. Ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Rec.*, 1998, p. 248 et ordonnance de désistement du rôle du 10 novembre 1998, *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis)*, v. AZNAR-GOMEZ (M-J.) « A propos de l'affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (*Paraguay c. EU*), *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 915-948 ; RUIZ-FABRI (H.) SOREL (J-M.) « Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, Chronique de la C.I.J. (1998), *Journal de droit international*, 1999, pp. 861-868.

99. M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, University Press, 2003 (5^e éd.), pp. 143-151.

100. Elle a été définie ainsi par le Mexique dans l'affaire *Avena* : « le défendeur qui aurait pu soulever une question de droit lors d'un procès, mais ne l'a pas fait, n'est généralement pas autorisé à le faire dans les étapes suivantes de la procédure, en appel ou au stade de la requête en *habeas corpus*. » Cette règle exige que soient épuisées les voies de recours, entre autres au niveau de l'Etat, avant qu'un recours en *Habeas corpus* puisse être introduit devant les

signée et ratifiée par les Etats-Unis d'Amérique. L'instrumentalisation de la justice internationale éclate au grand jour quand on rappelle que le gouvernement américain dans le contentieux l'ayant autrefois opposé à l'Iran mettait en exergue l'importance de l'article 36 de la Convention¹⁰¹, afin qu'il soit mis en œuvre au profit de ses ressortissants ! Ce qu'il revendique pour les siens, il le refuse aujourd'hui à des étrangers au nom d'un « souverainisme judiciaire » dévastateur car illégal. La doctrine américaine s'est penchée sur la propension du gouvernement d'outre-Atlantique à violer ses obligations conventionnelles au nom de la supériorité du droit interne dont la Constitution de 1787 est l'emblème en démontrant qu'il s'agit là, en réalité, d'une constante de la politique américaine¹⁰² qui, aujourd'hui, s'est naturellement radicalisée de par la présence des « néo-conservateurs » au pouvoir.

35. Ses violations à répétition d'un droit fondamental conféré à des individus par une Convention internationale afin qu'ils puissent bénéficier d'un « procès équitable » se sont doublées d'une non-exécution d'une ordonnance sur les mesures conservatoires dont la Cour avait affirmé la force contraignante, non-exécution aux conséquences dramatiques dans l'affaire *Lagrand* puisque les frères du même nom furent exécutés en méconnaissance flagrante de la décision de justice internationale. Après avoir contrevenu de façon réitérée au droit conventionnel, les autorités américaines bafouaient l'autorité de la jurisprudence internationale.

B. L'ambivalence en temps de « guerre »

36. Depuis l'intervention américaine en Afghanistan et la détention subséquente de plusieurs centaines de détenus sur la base de Guantanamo, dans le camp « X-Ray », la doctrine internationaliste n'a pas manqué d'analyser la portée des obligations des Etats-Unis à leur égard. Sujet incontournable des analyses actuelles en droit international humanitaire, le cas de ces prisonniers d'un genre nouveau retenus dans une sorte d'*Alcatraz tropical*¹⁰³ a suscité une littérature particulièrement abondante¹⁰⁴. Toutes les

juridictions fédérales américaines v. § 111 de l'arrêt de la C.I.J. rendu au fond le 31 mars 2004.

101. Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis c. Iran)*, ICJ Pleadings, 1980, p. 174. Ceci est pointé du doigt dans le mémoire du Mexique dans l'affaire *Avena* (v. point 15).

102. VAGTS (D.) « The United States and its Treaties : Observance and Breach », 95, *A.J.I.L.*, 2001, p. 313.

103. *Le Monde*, 17 janvier 2002.

104. BENAVIDES (L.) « El Estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por Estados Unidos de América en Guantanamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2003, pp. 67-91 ; DAVID (E.) « Le

études démontrent à l'envi que le statut des combattants capturés en Afghanistan - transférés sur la base sise en territoire cubain mais placée sous juridiction américaine - et tous présumés reliés à la nébuleuse terroriste d'*Al Qaida* par le gouvernement américain peut être légitimement discuté. Le professeur Szurek s'y est attelé avec beaucoup de brio montrant que, tant la nature du conflit afghan et la qualité des personnes en cause, que les principes régissant la détermination de la qualité de « prisonnier de guerre » selon la III^e Convention de Genève (CG) sont autant d'éléments qui laissent place au débat¹⁰⁵. La même remarque vaut pour l'applicabilité de la IV^e CG à des personnes civiles. Toutefois, de la même manière que l'application des III^e et IV^e CG aux détenus de Guantanamo peut être discutée, l'application des standards du *due process of law* ne peut faire quant à elle l'objet des mêmes controverses. Tant les études doctrinales que la « jurisprudence » de nombreuses institutions internationales se rejoignent sur ce point : à défaut d'application du droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme est, lui, applicable¹⁰⁶. Mieux, le droit international humanitaire comporte des dispositions applicables dans le cadre des conflits armés. Ainsi, le CICR n'a pas manqué d'avancer l'argument selon lequel les prisonniers de Guantanamo devaient, *au minimum*, bénéficier des garanties fondamentales de l'article 75 du Protocole additionnel I auquel il est reconnu une valeur coutumière. Dans le même ordre d'idées, la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans sa décision du 12 mars 2002

statut des personnes détenues par les Etats-Unis à la suite du conflit afghan (2001-2002) », *Le droit international face au terrorisme*, BANNELIER (K.) CHRISTAKIS (T.) CORTEN (O.) DELCOURT (B.) (sous la dir.), Paris, Pedone, 2002, pp. 331-343 (Cedin Paris I, Col. Cahiers Internationaux); NAQVI (Y.) « Doubtful prisoner-of-war status », *R.I.C.R. / I.R.R.C.*, Septembre 2002, vol. 84, n° 847, pp. 571-595; PÉREZ GONZÁLEZ (M) RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (J-L) «El caso de los detenidos de Guantanamo ante el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, pp. 11-40; SZUREK (S.) « La question du statut des 'prisonniers du champ de bataille' » *Les Nations Unies et l'Afghanistan*, Colloque en l'honneur d'Ahmed MAHIOU, Paris, Pedone, 2003, pp. 125-160; WECKEL (Ph.) « Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo », *R.G.D.I.P.*, 2002, pp. 357-369.

105. SZUREK (S.) « La question du statut des 'prisonniers du champ de bataille' », *op. cit.*, spéc. pp. 129-135.

106. Tous les articles cités à la note précédente mettent en avant cette donne, plus particulièrement les articles de SZUREK (S.) PÉREZ GONZÁLEZ (M.) RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (J-L.) et celui de NAQVI (Y.) entièrement axé sur la question de la difficulté à attribuer le statut de prisonnier de guerre qui ne met certainement pas fin aux obligations de respect des droits fondamentaux des détenus en application de l'article 5§2 de la III^e CG. Cela ne veut pas dire que le droit international humanitaire, face au terrorisme de masse, ne recèle pas certaines lacunes, v. TIGROUDJA (H.) « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme ? », *A.F.D.J.*, 2002, pp. 81-102.

rendue dans *l'affaire des détenus de Guantanamo*¹⁰⁷ rappelait les liens particulièrement ténus et subtils entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme ceux-ci s'appliquant de façon non-dérogeable en toutes circonstances¹⁰⁸. Elle demandait ce faisant que les Etats-Unis prennent d'urgence des mesures nécessaires pour qu'un tribunal compétent détermine le statut de ces prisonniers. Elle confirmait cette analyse dans un rapport extrêmement détaillé publié le 22 octobre 2002 sur « *Le Terrorisme et les droits de l'homme* ». Et de rappeler avec force que tant que le statut de prisonnier de guerre des personnes ayant participé à un conflit armé international était incertain, celui-ci devait être déterminé par un tribunal compétent. Dans l'attente de la décision dudit tribunal, il devait leur être conféré soit le statut de prisonnier de guerre, soit une protection similaire¹⁰⁹. L'article 5§2 de la III^e CG étant à cet égard parfaitement clair¹¹⁰.

37. Devant un tel consensus juridique minimal, les Etats-Unis optèrent pour un 'exceptionnalisme judiciaire exorbitant' avec le désormais fameux et décrié *Military order* du 13 novembre 2001 complété par le *Military Commission Order* du 21 mars 2002 qui régleme précisément la procédure devant les juridictions militaires d'exception mises en place par les Américains. Et de « réinventer »¹¹¹ une fois de plus, à leur profit, les règles tant du droit constitutionnel américain que du droit international. Car, de deux choses l'une, soit les détenus de Guantanamo ne sont pas des prisonniers de guerre au sens des CG comme l'a affirmé dans un premier temps l'Administration Bush et ils deviennent alors des civils qui, au sens du droit constitutionnel américain, ne peuvent être attraités devant des

107. La décision du 12 mars 2002 est reproduite in *I.L.M.* 532 (2002). Pour des explications détaillées sur l'affaire, v. PÉREZ GONZÁLEZ (M.) RODRIGUEZ VILLASANTE Y PRIETO (J-L.) *op. cit.*, pp. 34-36.

108. Ceci en application d'une doctrine constante de sa part, v. parmi beaucoup d'autres affaires, *Coard c. Estados Unidos* (caso n° 10.951, Informe de la Com.IDH 109/99, 29 de septiembre de 1999).

109. Com.IDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre de 2002, OEA/Ser.L/V/II.116 : «*En consecuencia, cuando las personas han cometido actos de beligerancia y han caído en manos del enemigo en el contexto de un conflicto armado internacional y se plantean dudas en cuanto a su derecho al status de prisioneros de guerra, el status de los detenidos debe ser determinado por un tribunal competente. Este es el caso si las personas son sospechosas de haber participado en actos de terrorismo o no. Hasta que se determine la condición de los detenidos por parte de un tribunal competente, debe otorgárseles la condición de prisioneros de guerra o una protección similar.*»

110. L'article 5 paragraphe 2 se lit ainsi : «S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérande et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent. »

111. L'expression est celle de Sarah PELLET, « De la raison du plus fort ou comment les Etats-Unis ont réinventé le droit international et leur droit constitutionnel », *Actualité et droit international*, juin 2002 (<http://www.ridi.org/adi>).

juridictions militaires ; soit, leur statut est incertain, et ce sont des « tribunaux compétents » qui doivent le déterminer, tribunaux compétents devant lesquels un minimum de garanties judiciaires doivent exister, ce qui n'est pas le cas des *Military Commissions*, comme l'intégralité des auteurs qui se sont penchés sur la question ont mis en évidence !

38. Cette effervescence juridique matérialisée par les *Orders* de l'Exécutif ne doit pas masquer l'extrême fluctuation, pour ne pas dire à nouveau la formidable ambivalence américaine à l'égard du statut des prisonniers de Guantanamo. Après avoir refusé de façon catégorique et péremptoire l'applicabilité de la III^e CG à ces « prisonniers du champ de bataille », le gouvernement américain revint sur ses affirmations à la suite de la très forte pression exercée par le gardien du droit international humanitaire, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Et d'accepter l'applicabilité de la III^e CG, tout en opérant des distinguos entre les Talibans qui « se sont vus reconnaître sinon le statut, du moins la qualité et le traitement de prisonniers de guerre¹¹² » et les membres présumés d'*Al-Qaïda* qui eux en sont exempts... Le désaccord reste donc entier avec le CICR sur les critères pour déterminer l'applicabilité ou non de la III^e CG à certains et pas à d'autres... En attendant, les obligations minimales en matière de droits fondamentaux, plus précisément ceux relatifs à un procès équitable conférant des droits de la défense, ne leur sont pas appliqués¹¹³.

Le comble de l'ambivalence concerne la politique américaine en Irak depuis l'offensive du 11 mars 2003. On sait que les Etats-Unis ont reconnu l'*applicabilité* des Conventions de Genève sur le territoire irakien en tant que forces d'occupation¹¹⁴. Guantanamo resterait donc, sous le strict angle

112. SZUREK (S.) *op. cit.*, p. 140.

113 Il faut ici souligner l'importance des arrêts rendus le 28 juin 2004 par la Cour Suprême qui viennent contrebalancer « l'exceptionnalisme gouvernemental » des Etats-Unis puisque tant les « combattants ennemis » (citoyens américains arrêtés dans le cadre de la guerre contre le terrorisme) que les « combattants irréguliers » (détenus non américains) doivent pouvoir accéder à la justice civile américaine : Surpeme Court of US, June 28 2004, *Hamdi v. Rumsfeld*, n°03/6696 ; Surpeme Court of US, June 28 2004, *Rasul v. Bush*, n°03/334 (disponibles sur le site de la Cour, www.supremecourtus.gov/opinions/03slipopinion.html).

Le pouvoir judiciaire américain, ici, a fait preuve d'une remarquable indépendance pour sanctionner la politique de l'Exécutif. Il sera particulièrement intéressant d'évaluer les conséquences de cet « encadrement » judiciaire de la diplomatie américain.

114. L'étude clé en la matière publiée à ce jour en français est celle de HENZELIN (M.) « Statut des combattants et privation de liberté », *Les aspects juridiques et la crise et de la guerre du Golfe*, Colloque des 17 et 18 octobre 2003, Paris, Pedone, 2004, pp. 159-169. (Col. du Cedim).

juridique, une «exception». Mais le scandale de la torture perpétrée par des membres de l'armée américaine comme par des civils recrutés par des agences spécialisées pour orchestrer notamment les interrogatoires, a rattrapé le gouvernement américain¹¹⁵. L'esprit de Guantanamo a plané en Irak. Le «monde hors la loi» de la base cubaine a irrigué toute l'organisation hiérarchique militaire en Irak au point de mettre à l'encan le «règne de la loi», le primat du *jus in bello*, celui du respect d'un certain nombre de principes élémentaires d'humanité. L'*Hegemon* peut mal faire ; il a mal fait. Le temps des sanctions sera-t-il en mesure de contrebalancer le temps des violations ?

39. Si les Etats-Unis d'Amérique ont fait du multilatéralisme un choix optionnel - surtout depuis les événements du 11 septembre - leur politique judiciaire extérieure est logiquement marquée du même sceau : celui de choix tactiques, actifs et/ou réactifs qui peuvent recouvrir tantôt les habits de la légalité, tantôt ceux de l'illégalité. Ce n'est pas le curseur existentiel pour l'Hyperpuissance. Le curseur est celui de la défense de sa sécurité comme de la protection de ses intérêts. Or, dans un monde unipolaire, là gît tout le Problème.

Paris, le 1^o juillet 2004

115. Voir notre article « La question des prisonniers de guerre », *Les implications de la guerre en Irak*, KHERAD (R.) (sous la dir.), Paris (sous presse).

