

# LA POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE DES ETATS-UNIS

LES AMBIVALENCES DE LA PREMIÈRE PUISSANCE MONDIALE  
A L'ÉGARD DU DROIT INTERNATIONAL

PAR

LUCIE DELABIE (\*)

Deux ans après l'arrivée de Barack Obama à la présidence des Etats-Unis, le conseiller juridique du Département d'Etat Harold H. Koh (1), résumait l'attitude de l'administration américaine envers le droit international par quatre lignes directrices : un engagement de principe, la diplomatie comme élément du *smart power* américain (2), un multilatéralisme stratégique et la promotion des valeurs américaines conformément aux standards universels. Marquant une distanciation avec la vision unilatéraliste défendue par George W. Bush, cette nouvelle doctrine «Obama-Clinton» représente-t-elle une rupture avec les principes qui fondent la politique juridique extérieure américaine depuis plus d'un siècle (3) ?

Répondre à cette question implique une analyse du discours américain sur le droit international, une étude de ses constantes et de ses évolutions depuis l'apparition de cet Etat sur la scène internationale. Pour ce faire, il faut d'abord préciser qui sont les auteurs de la «stratégie juridique» (4) américaine. Le Président, assisté du Secrétaire d'Etat, est la première autorité compétente en la matière. Toutefois, en vertu d'une séparation rigide des pouvoirs, le chef de l'exécutif doit composer avec les membres du Congrès : il lui faut notamment rendre compte de sa politique à l'égard du droit international lors des discours sur l'état de l'Union et dans les documents de *national security strategy*. De plus, le Président doit obtenir l'avis et le consentement de la majorité des sénateurs pour conclure les traités engageant les Etats-Unis au plan international (5). Or, on constate que peu de parlementaires américains

(\*) Maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université Pierre-Mendès-France (Grenoble, France).

(1) H. H. KOH, «The Obama administration and international law», *Keynote Speech at the Annual Meeting of the American Society of International Law, Legal Adviser, United States Department of State*, 24 mars 2010.

(2) H. H. Koh définit le *smart power* comme suit : «a blend of principle and pragmatism that makes intelligent use of all means at our disposal, including promotion of democracy, development, technology, and human rights and international law to place diplomacy at the vanguard of our foreign policy», *ibid.*

(3) G. DE LACHARRIÈRE, *La Politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983, p. 5.

(4) S. HOFFMANN (S.), *ASIL Proceedings*, 1963 p. 3 : La «stratégie juridique» correspond à la promotion de «sortes de normes et aux techniques employées à cette fin». Cité par G. DE LACHARRIÈRE, *ibid.*

(5) Cf. art. II, section 2.2 de la Constitution américaine.

sont de fervents partisans du droit international : depuis la Guerre froide, ces derniers ont plutôt cherché à renforcer leur indépendance face au Président, ce qui a conduit à une forte politisation des affaires étrangères. Les tensions qui en découlent entre les autorités exécutives et législatives sont telles qu'elles sont parfois utilisées comme un prétexte pour justifier l'inflexibilité américaine lors de négociations internationales (6).

En dehors de ces aspects, le Sénat intervient également dans la nomination des fonctionnaires chargés de définir la stratégie américaine vis-à-vis du droit international. Parmi eux, le conseiller juridique du Département d'Etat (*legal adviser*) (7), principal collaborateur du Secrétaire d'Etat, joue un rôle de premier plan : directement nommé par le Président des États-Unis sur les conseils et avec le consentement du Sénat, il est chargé de fournir des avis juridiques sur les principaux enjeux internationaux et de défendre les intérêts américains devant les institutions internationales (8) ; à ce titre, il est une figure-clef de la définition de la politique juridique extérieure du pays (9), ce qui fait dire aux membres du Comité des relations internationales du Sénat, que « *the legal adviser stands alone among within our federal government. He is the first guardian, and often the last, of the United States Government's commitment to the rule of law, in two different legal systems-constitutional and international* » (10). Si son rôle a progressivement évolué avec l'expansion des domaines du droit international et la création subséquente de nouveaux bureaux administratifs (11), le *legal adviser* représente, avec l'ensemble des juristes travaillant pour le Département d'Etat, le premier porte-parole du discours américain sur le droit international. On ne saurait ignorer également le rôle joué par les conseillers juridiques au sein d'autres départements – en particulier ceux de la Justice et de la Défense –, qui sont de plus en plus confrontés aux enjeux internationaux contemporains (12). Restent enfin les positions adoptées par les per-

(6) J. BRUNNÉE, «The United States and international environmental law : living with an elephant», *EJIL*, vol. XV, 2004, pp. 638 et suiv.

(7) Pour un aperçu de fonctionnement du bureau du conseiller juridique du Département d'Etat, au sein duquel travaillent en moyenne une centaine de juristes, cf. les remarques de S. Schwebel, ancien *Deputy legal adviser* du Département. S. M. SCHWEBEL, «Remarks on the role of the legal adviser of the US State Department», *EJIL*, vol. II, 1991, pp. 131-134.

(8) Le *legal adviser* défend notamment les positions américaines devant les juridictions internationales telles que la Cour internationale de Justice et le Tribunal irano-américain de règlement des différends. Cf. M. P. SCHARF / P. R. WILLIAMS, *Shaping Foreign Policy in Times of Crisis : the Role of International Law and the State Department Legal Adviser*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 305 p.

(9) Cf. les propos de Richard B. Bilder, qui a travaillé pour le bureau du conseiller juridique du Département d'Etat entre 1956 et 1965 : R. B. BILDER, «The office of the legal adviser : the State Department lawyer and foreign affairs», *AJIL*, vol. LVI, 1962, pp. 633-684. Cf. également T. A. BAILEY, «Presidential plenary panel : an exchange with former legal advisors of the US Department of State», *ASIL Proceedings*, 2004, p. 131.

(10) Senate Committee on foreign relations, *The ABM Treaty interpretation resolution*, S. REP N° 100-164, 1987, p. 65.

(11) Par exemple, le Bureau d'application du droit ou le Bureau des réclamations internationales. Cf. les Remarques de Michael MATHESON, in T. A. BAILEY, *op. cit.*

(12) Remarques de D. ROBINSON, in T. A. BAILEY, *op. cit.* Cf. en particulier les positions adoptées par les juristes du Département de la Justice et par le Département de la Défense.

sonnalités nommées par l'exécutif américain pour participer aux négociations internationales ou pour représenter les Etats-Unis devant les institutions comme l'Organisation des Nations Unies (13), qui reflètent elles aussi le comportement américain à l'égard du droit international.

Ce sont avant tout les prises de positions de ces divers acteurs qui permettent d'évaluer les constantes et les ruptures de la politique juridique extérieure des Etats-Unis depuis plus de 200 ans. Encore faut-il que ces positions soient analysées à la lumière du climat intellectuel et politique dans lequel elles interviennent. Il est intéressant de souligner à cet égard qu'aux Etats-Unis, l'un des principaux moyens d'accès à l'*establishment* politique américain est de suivre une formation dans les *law schools* (14) : on observe ainsi que sur vingt-deux conseillers juridiques du Département d'Etat, dix-huit au moins ont reçu une formation juridique. En outre, les relations entre théoriciens et praticiens sont très fortes au sein de la culture américaine : aussi les professeurs de droit endossent-ils aisément la casquette de participants au processus décisionnel. Parmi eux, Harold H. Koh, conseiller juridique du Département d'Etat sous l'administration Obama, était jusqu'en 2008 doyen de la Yale Law School. Ce n'est pas le seul : Abram Chayes et Abraham Sofaer, avant de devenir conseillers juridiques, étaient également enseignants (15). En dehors de la fonction même de *legal adviser*, de nombreux universitaires ont travaillé en tant que conseillers juridiques au sein de l'administration : tel est le cas de William W. Bishop (16), Andreas F. Lowenfeld (17), Sean D. Murphy (18), Oscar Schachter (19), Louis Henkin ou encore José E. Alvarez (20). On pourrait ainsi

(13) Depuis 2009, Suzan E. Rice exerce la fonction d'ambassadeur des Etats-Unis auprès des Nations Unies. Sous l'administration Bush on peut également citer John R. Bolton, connu pour ses positions très conservatrices à l'égard du droit international, notamment à propos de la Cour pénale internationale. Cf. *supra*.

(14) A. CHAYES, *The Cuban Missile Crisis, International Crisis and the Role of Law*, Oxford University Press, New York/Londres, 1974, p. 13.

(15) Abram Chayes, professeur à la Harvard Law School, a été *legal adviser* auprès du Département d'Etat de 1961 à 1964. Abraham Sofaer, professeur à Columbia, l'a été de 1985 à 1990.

(16) Professeur de Droit à la Michigan Law School, W. W. Bishop travailla pour le Département d'Etat entre 1939 et 1947. Il fut conseiller juridique de la délégation américaine au conseil des ministres des Affaires étrangères lors de la Conférence de paix de Paris en 1946. Figure importante de la doctrine internationaliste américaine, il participa notamment à la rédaction du *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, publié par l'*American Law Institute* en 1987.

(17) Professeur à Harvard, A. F. Lowenfeld a travaillé comme *Assistant* puis *Deputy Legal Adviser* auprès du Département d'Etat de 1961 à 1966.

(18) Professeur à la George Washington University Law School, après une formation en Droit à la Columbia Law School et à la Virginia University, S. D. Murphy a été nommé au sein du bureau du conseiller juridique du Département d'Etat entre 1987 et 1995.

(19) Oscar Schachter et Louis Henkin étaient tous deux professeurs de Droit à Columbia. Le premier a travaillé pour le Département d'Etat durant la Seconde Guerre mondiale. Le second, reconnu pour sa contribution au développement du droit international des droits de l'homme, a travaillé au sein du bureau des Nations Unies du Département d'Etat dans les années 1950.

(20) Professeur à la New York University School of Law, José E. Alvarez a travaillé pour le bureau du conseiller juridique du Département d'Etat de 1983 à 1988. En 2010, il a été nommé conseiller spécial de droit international public auprès du bureau du Procureur de la Cour pénale internationale.

multiplier les exemples de la double fonction exercée par de nombreux juristes américains.

Comme le fit remarquer William B. Bishop dès les années cinquante, le poids des juristes dans l'encadrement de l'opinion publique et dans le développement des idées de politique nationale est très important aux Etats-Unis (21). Cette tendance est renforcée par la conviction de la plupart des internationalistes américains que l'objectif premier du droit international consiste à aider les acteurs de la politique gouvernementale à résoudre des problèmes concrets. Symbole de l'interdisciplinarité et du lien indissociable entre praticiens et théoriciens qui caractérisent la culture américaine, cette situation pourrait, à première vue, laisser croire que le droit, plus qu'ailleurs, détermine la politique étrangère des Etats-Unis. Pourtant il n'en n'est rien. Les liens qui unissent juristes et politiques sont liés, au contraire, au besoin qu'ont eu, dans les années 1950, les internationalistes de justifier la pertinence du droit international face au succès du réalisme politique (22). Ce qui les a conduits à privilégier une conception du droit comme instrument social. Le meilleur représentant de cette vision est Myres S. McDougal (23) : professeur de Droit à *Yale* et conseiller auprès de l'administration américaine (24), il affirme que le droit international vise à prescrire une conduite déterminée afin de promouvoir une *policy* particulière poursuivie par les membres de la société internationale (25). Dans une telle perspective, il s'agit moins de tenir compte de l'attitude des Etats, sujets originaires du droit international, que des choix établis par les hommes politiques, les fonctionnaires, les experts internationaux, c'est-à-dire des décisionnistes individuels qui agissent au nom de l'Etat et qui sont les principaux acteurs du processus juridique international (26). Ce faisant, McDougal associe définitivement le droit international et la décision politique, le point de vue de la doctrine juridique et celui des participants, au processus décisionnel. Bien que sa position ait pu être critiquée, cette perspective « *policy-oriented* » du droit international a largement influencé

(21) W. W. BISHOP, *International Law, cases and Materials*, Little, Brown and Company, Boston, 1962 (2<sup>e</sup> éd.), p. VIII, et « International law in American law schools today », *AJIL*, vol. XLVII, 1953, pp. 689-690.

(22) Hans Morgenthau est le premier représentant de ce courant. D'après lui, l'ordre international est un royaume de pouvoir et de politique et non de droit. Il est d'abord un instrument du pouvoir. Cf. H. MORGENTHAU, *Politics Among Nations*, K. W. Maryson, 1985 (6<sup>e</sup> éd.), 688 p. Cet auteur est devenu, avec Henry Kissinger, l'une des figures-clés du réalisme politique pendant la Guerre froide. Tous deux ont joué un rôle fondamental dans la conduite de la politique étrangère américaine à cette époque. Cf. S. SUR, *Relations internationales*, Domat-Monchrestien, Paris, 2011 (6<sup>e</sup> éd.), pp. 27 et suiv.

(23) R. A. FALK, « Casting the spell : the New Haven school of international law », *The Yale Law Journal*, vol. CIV, 1994-1995, p. 1 992.

(24) Myres S. McDougal travailla pour le Département d'Etat dans les années 1940 et fut membre de la délégation américaine lors des négociations de la Convention de Vienne sur le droit des traités adoptée en 1969.

(25) M. S. MCDUGAL / H. D. LASSWELL / W. M. REISMAN, « Theories about international law : prologue to a configurative jurisprudence », *VJIL*, vol. VIII, 1967-1968, pp. 188-299.

(26) D. BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, The University of Georgia Press, Athens/Londres, 2002, p. 99.

l'ensemble des internationalistes américains, non seulement universitaires mais aussi praticiens impliqués dans la détermination de la politique juridique extérieure des États-Unis.

Hormis le poids de ce climat intellectuel, la stratégie juridique américaine est également conditionnée par le contexte international dans le cadre de laquelle elle est élaborée. Comme tous les États souverains, les États-Unis envisagent d'abord le droit international comme un instrument de leur pouvoir politique (27). Les grands événements internationaux (la Seconde Guerre mondiale, la Guerre froide, les attentats du 11 septembre 2001, la crise financière internationale) influencent la manière dont les dirigeants américains perçoivent l'extérieur et conditionnent leur degré d'implication dans le jeu institutionnel. Leur statut de première puissance mondiale et la position unique qui en résulte sur la scène internationale renforcent ce phénomène. De même, les périodes de crises incitent à une position de repli et, le cas échéant, à une remise en cause des acquis de la discipline (28). Cela est particulièrement significatif dans le domaine du recours à la force, où le droit international doit avant tout servir à protéger la sécurité et les intérêts américains : les États-Unis sont notamment réticents à ratifier les traités relatifs aux droits de l'homme, à l'environnement, à la politique d'armement qui pourraient entraver leur liberté d'action. À l'inverse, ils sont très actifs en matière de commerce international et d'investissements (29). Leur comportement à l'égard du système juridique international varie selon le domaine concerné.

En outre, il diffère selon les affiliations politiques des différents acteurs politiques (30). Tandis que les républicains sont plus enclins au nationalisme et à l'unilatéralisme, les démocrates, souvent qualifiés d'internationalistes libéraux, sont partisans du multilatéralisme. Néanmoins, il existe des courants centristes, parmi lesquels on compte des conservateurs réalistes comme Henry Kissinger (31). De même, George W. Bush et Bill Clinton n'avaient pas de points de vue si différents sur un certain nombre de sujets, notamment eu égard à la création de la Cour pénale internationale (32). Barack Obama semble s'inscrire quant à lui dans une position intermé-

(27) G. DE LACHARRIÈRE, *op. cit.*, p. 7. Cf. J. COMBACAU, « Science du droit et politique juridique dans l'enseignement du droit international. A propos de : Guy de Lacharrière, 'La politique juridique extérieure' », *RGDIP*, 1984, p. 980.

(28) D. KENNEDY, « When renewal repeats : thinking against the box », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. XXXII, 2000, pp. 340 et 375.

(29) Les Américains ont en particulier été très actifs dans la mise en place de l'ALENA et de l'OMC. Cf. N. KRISCH, « International law in times of hegemony : unequal power and the shaping of the international legal order », *EJIL*, vol. XVI, 2005, p. 384.

(30) A. ILES, « Political culture in the United States' treaty-making : a new century, familiar behavior so far », *Leiden Journal of International Law*, vol. XV, 2002, pp. 209 et suiv.

(31) Henry Kissinger a été Secrétaire d'État sous les administrations des présidents Nixon et Ford.

(32) P. MÉLANDRI / J. VAÏSSE, *L'Empire du milieu, les États-Unis et le monde depuis la fin de la Guerre froide*, Odile Jacob, Paris, 2001, pp. 13 et 17-18.

diaire, à la recherche d'un équilibre entre internationalisme libéral et réalisme (33).

En dépit des variables que représentent les luttes partisans, les considérations conjoncturelles, les domaines du droit international, la politique juridique extérieure des États-Unis est marquée par une tendance récurrente à privilégier un «*multilatéralisme à la carte*» (34). Reflétant une «*conception instrumentale*» (35) du droit international, cette approche ressort clairement du discours prononcé en 2010 par Harold H. Koh (36). À l'évidence, l'attitude des États-Unis à l'égard du système juridique international est marquée par une ambivalence profonde entre le souhait d'assurer le respect du droit positif et la volonté de préserver les intérêts américains. L'étude du discours américain sur le droit international révèle que cette ambivalence trouve son fondement dans l'exceptionnalisme inhérent à la nation américaine, ce qui conditionne l'engagement international des États-Unis au respect du modèle constitutionnel interne. C'est au nom de cet exceptionnalisme que les auteurs de la politique juridique privilégient les mécanismes d'encadrement informels afin d'assurer l'adaptation du droit international aux intérêts changeants des États-Unis. Ainsi, la politique juridique extérieure des États-Unis est avant tout guidée par une appréhension flexible du droit positif.

#### UNE POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE FONDÉE SUR L'EXCEPTIONNALISME AMÉRICAIN

Concept central de la politique étrangère américaine, l'exceptionnalisme fait partie de la culture et de l'histoire des États-Unis (37). Edward C. Luck, dans le cadre d'un cours consacré à l'«*American Exceptionalism*» à Columbia, met bien en lumière cette idée : «*from the outset, US foreign policy has been shaped, in part, by an innate sense of exceptionalism, by a conviction that America occupies a special place among the nations of the world and that its values are universal in scope and application. These exceptionalist instincts, in turn, have fuelled ambivalent attitudes toward international law and multilateral institutions. As recent debates over UN reform, counter-terrorism strategies, and the use of force in Iraq have highlighted, these*

(33) A. DE HOOP SCHEFFER, «La politique étrangère de l'administration Obama. La quête d'un nouvel équilibre entre réalisme et internationalisme», *Annuaire français de relations internationales*, vol. 10, 2009, p. 9.

(34) A. GERSON, «Multilateralism à la carte : the consequences of unilateral 'pick and pay' approaches», *EJIL*, vol. XI, 2000, pp. 61 et suiv. Richard Haass, directeur du *policy planning* du Département d'État a également invoqué ce principe : R. HAASS, «Defining US foreign policy in a post-post-Cold war», *The 2002 Arthur Ross Lecture, Remarks to Foreign Policy Association*, New York, 22 avr. 2002.

(35) S. SUR, *Le Conseil de sécurité dans l'après 11 septembre*, L.G.D.J., Paris, 2004, pp. 85-86.

(36) H. H. KOH, *op. cit.*

(37) J. E. NOYES, «American hegemony, US political leaders and general international law», *Connecticut Journal of International Law*, vol. XIX, 2004, p. 297.

*traits have proven increasingly disconcerting to those intent on building global regimes in the face of American hegemony»* (38).

Depuis leur apparition en tant que nouvel Etat, les Etats-Unis se sont en effet définis en tant que nation exceptionnelle afin de mieux asseoir leur souveraineté. Dès la proclamation de leur indépendance, ils refusent de s'engager dans la conduite d'une politique extérieure basée sur l'équilibre des pouvoirs comme cela existe en Europe. La doctrine avancée par le président Monroe dans les années 1920, consistant à rejeter toute intervention de l'Europe dans les affaires américaines, en est l'illustration (39).

Loin d'être une expression attrape-tout et vide de sens, l'exceptionnalisme est une composante de l'appréhension du droit international aux Etats-Unis (40). Il réside principalement dans la défense du libéralisme et de l'individualisme. C'est précisément pour mieux promouvoir ces valeurs au niveau international que les dirigeants américains se positionnent en leaders sur la scène interétatique.

### ***Le libéralisme et l'individualisme, composantes de l'exceptionnalisme américain***

La défense de la liberté et de la dignité humaine (41) est un élément indissociable de la politique étrangère des Etats-Unis. Alors que l'individualisme utilitariste prédomine, le droit est avant tout conçu comme la création de conditions qui rendent possible le maximum de liberté de chaque individu (42). Par conséquent, le droit international détermine la politique étrangère américaine dans la mesure où il est utile à la promotion et à la protection de ces valeurs inhérentes aux intérêts nationaux.

Présente dès les premiers âges de la République, cette image a surtout été promue durant la Guerre froide, alors que l'internationalisme wilsonien prédominait. Il s'agissait à l'époque pour les auteurs de la politique juridique extérieure de proposer un contrepoids au modèle soviétique (43). Oscar Schachter, alors conseiller juridique auprès du Département d'Etat (44), a rappelé à juste titre que l'après-guerre se caractérisait par la restauration

(38) Syllabus du cours dispensé en 2006 par Edward C. LUCK, alors professeur à la School of international and public affairs, Columbia.

(39) Sur cette question, cf. M. MOYE, «L'impérialisme américain et la doctrine de Monroe», *RGDIP*, vol. XII, 1905, pp. 190-204.

(40) J. E. NOYES, «Universalism and the American tradition of international law», *Connecticut Journal of International Law*, vol. XXI, 2006, p. 201.

(41) H. KISSINGER, *La Nouvelle Puissance américaine*, Fayard, Paris, 2003, p. 24.

(42) W. G. FRIEDMANN, *Legal Theory*, Stevens & Sons, 1967 (5<sup>e</sup> éd.), pp. 312 et suiv.; D. KENNEDY, «A new stream for international law scholarship», *Wisconsin International Law Journal*, vol. VII, 1988, pp. 412 et 454.

(43) Truman prôna lui aussi l'universalité des valeurs américaines. Cf. H. KISSINGER, *op. cit.*, pp. 380 et suiv. Cf. O. SCHACHTER, «Les aspects juridiques de la politique américaine en matière de droits de l'homme», *AFDI*, vol. XXIII, 1977, pp. 53-74. Cf. également les propos de D. J. BEDERMAN, «Appraising a century of scholarship in the *American Journal of International Law*», *AJIL*, vol. C, 2006, p. 43.

(44) Oscar Schachter travailla au sein du Département d'Etat en 1942 et 1943. Il fut ensuite conseiller juridique auprès des Nations Unies.

de la foi de l'Amérique dans les valeurs de la démocratie et du libéralisme (45). Depuis lors, ces idées fondent la définition de la stratégie juridique américaine, comme le révèlent les propos d'Anne-Marie Slaughter, directrice du *policy planning* du Département d'Etat depuis 2009, qui appartient au courant libéral dominant le milieu internationaliste américain depuis la fin des années 1990. Sa position consiste à s'interroger sur la place du libéralisme en tant de principe fondateur de l'ordre juridique international. Elle propose de construire un modèle internationaliste libéral des relations juridiques transnationales (46). Dominée par l'idée que le droit international a pour mission essentielle de participer à la construction d'une gouvernance entre les Etats, d'envisager le pouvoir d'un point de vue cosmopolite, de promouvoir une structure libérale et rationaliste améliorant la compréhension des affaires internationales (47), cette conception doctrinale connaît un grand succès auprès des décideurs politiques américains, pour lesquels la promotion de la démocratie devrait faciliter les formes effectives de gouvernance internationale (48).

La défense des valeurs libérales américaines est également perceptible dans le vocabulaire utilisé par les conseillers juridiques du Département d'Etat lorsque est en cause la licéité d'une action internationale. Ainsi, dans son discours à propos de l'intervention de l'OTAN au Kosovo, Abram D. Sofaer, en préférant par exemple parler du caractère «*raisonnable*» de cette action plutôt que de sa légalité, fait implicitement la promotion des valeurs libérales (49). Plus généralement, la question de la légitimité dans le cadre du recours à la force incite à un renouveau du discours sur la guerre juste au sein de la doctrine américaine, révélant l'importance accordée aux considérations morales dans l'examen du droit international (50). Cette tendance se répercute sur le discours des décideurs politiques. En ce qui concerne le Kosovo, le porte-parole du Département d'Etat de l'époque, James P. Rubin a ainsi affirmé : «*[T]here are principles of international law and specified provisions of international law that [the Serbs] have violated repeatedly. In addition, there is a danger to NATO allies in the region, which thereby brings in the NATO Charter. In addition there is the prospect of a further humanitarian intervention. These three reasons, in our view, are legi-*

(45) O. SCHACHTER, *op. cit.*, pp. 61 et suiv.

(46) A.-M. BURLEY, «*Law among liberal States : liberal internationalism and the Act of State doctrine*», *Columbia Law Review*, vol. XCII, 1992, pp. 1909 et suiv.

(47) D. KENNEDY, «*When renewal repeats : thinking against the box*», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. XXXII, 2000, p. 424.

(48) J. E. ALVAREZ, «*Do liberal States behave better? A critique of Slaughter's liberal theory*», *EJIL*, vol. XII, 2001, p. 191.

(49) Souligné par N. J. WHEELER, «*The Kosovo bombing campaign*», in C. REUS SMIT (dir.), *The Politics of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 194.

(50) Notamment M. J. MATHESON, «*Just war and humanitarian intervention : comment on the Grotius lecture by Professor Jean Bethke Elshtain*», *American University International Law Review*, vol. XVII, 2001, pp. 27-33. Cf. aussi M. WALZER, *Guerres justes et injustes : argumentation morale avec exemples historiques*, Gallimard, Paris, 2006, 677 p.

*timate grounds, in our opinion, to threaten and, if necessary, use force. That is our view*» (51).

Les valeurs morales et les considérations sur la légitimité ont également été utilisées par George W. Bush dans la conduite de la politique étrangère. En 2002, par exemple, alors qu'il présente la stratégie de sécurité nationale des Etats-Unis, le Président de l'époque soutient : «[U]nited States champion the cause of human dignity and oppose those who resist it» (52). L'intégration des valeurs libérales dans l'examen du droit international est devenue «*an expected part of international law discourse*» (53). De telles affirmations conduisent à de nombreuses interrogations sur les dérives liées à l'introduction de la morale dans l'étude des normes internationales. Bon nombre d'observateurs soulignent la «déformalisation» du droit international qui caractérise les propos de George W. Bush – notamment au nom de la promotion de la dignité humaine – et expriment leur regret de voir les Etats-Unis justifier leurs actions sur la base de principes issus du droit naturel plutôt qu'à partir des règles de droit positif (54). L'intérêt porté à la dignité humaine dans l'analyse des rapports entre le droit international et la politique étrangère des Etats-Unis remonte aux années cinquante, alors que Myres S. McDougal proposait sa *policy-oriented jurisprudence* (55). Le droit international doit permettre de poursuivre une *policy* (56), et cette *policy* est, selon McDougal, l'idéal de la dignité humaine. La règle de droit devient alors l'instrument de réalisation d'un ordre public mondial de la dignité humaine. Si cette thèse a pu faire l'objet de critiques, notamment en ce qu'elle a permis de justifier les actions armées des Etats-Unis durant la Guerre froide (57), elle a toutefois eu un impact important sur la formation des juristes internationalistes américains et a assuré la défense continue des valeurs libérales dans la détermination de la stratégie juridique américaine.

Premier modèle d'Etat libéral, les Etats-Unis ne se comportent pourtant pas mieux que d'autres sujets en ce qui concerne l'application effective des traités relatifs à la protection des droits de l'homme (58). En outre, ils ne respectent pas nécessairement les valeurs dont ils prônent eux-mêmes l'universalisme. Manifestant une forme d'exceptionnalisme pour le moins contes-

(51) Cité par S. D. MURPHY, *United States Practice in International Law*, vol. 1 (1999-2001), Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 394.

(52) White House, *The National Security Strategy of the United States of America*, sept. 2002, p. 4.

(53) D. J. BEDERMAN, *The Spirit of International Law*, The University of Georgia Press, Athens/Londres, 2002, p. 111.

(54) G. NOLTE, *Le Droit international face au défi américain*, Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris, Université Panthéon-Assas/Pedone, Paris, 2005, pp. 43 et suiv.

(55) *Op. cit.*

(56) La version anglophone de ce concept a été conservée volontairement, car elle n'a pas d'équivalent en langue française. D'après Oscar Schachter, «*policy refers broadly to preferred outcomes, expressed as goals, purposes, interests, social values, or in some cases as general principles*». O. SCHACHTER, «International law in theory and practice», *RCADI*, t. 178, 1982-V, pp. 40 et 47.

(57) R. A. FALK, «Casting the spell: the New Haven school of international law», *The Yale Law Journal*, vol. CIV, 1994-1995, pp. 1 991-2 008.

(58) J. E. ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 194 et suiv.

table, cette approche laisse entrevoir les risques d'un libéralisme caractérisé par une forme d'anti-pluralisme, rejetant les valeurs qui ne sont pas conformes à celles qu'ils défendent (59). L'un des meilleurs moyens d'assurer cette défense est d'exercer un rôle de leader au plan international.

### *Le leadership, vecteur des valeurs exceptionnelles de l'Amérique*

Parce qu'elles sont exceptionnelles et universelles par nature, les valeurs américaines doivent être projetées sur les autres nations. Déjà affirmée par George Washington (60), la dimension messianique de la politique extérieure des Etats-Unis est surtout prônée par Wilson, qui en fait un élément déterminant de sa politique. C'est en faisant prendre conscience au peuple de la nature exceptionnelle de ses valeurs qu'il contribuera à faire sortir les Etats-Unis de l'isolationnisme qui les caractérisait au début du XX<sup>e</sup> siècle.

L'idéal américain est donc de «servir l'humanité». Toutes les administrations ont avancé cette idée. En 1991, George H. Bush, dans son discours sur l'état de l'Union expliquait : «*pendant deux siècles l'Amérique a servi le monde comme une source d'inspiration et un exemple de liberté et de démocratie... [...] Aujourd'hui, dans un monde qui change, le leadership américain est indispensable [...] Nous sommes Américains. Nous avons la responsabilité singulière d'accomplir le dur travail de la liberté*» (61).

Son fils, George W. Bush, n'a pas manqué de rappeler, dans l'un de ses discours, en 2002 : «*the ideal of America is the hope of all mankind*». A la même époque, Richard Haas, directeur du planning politique au Département d'Etat affirmait : «*in the 21<sup>st</sup> century, the principal aim of American foreign policy is to integrate other countries and organizations into arrangements that will sustain a world consistent with US interests and values, and thereby promote peace, prosperity, and justice as widely as possible... We are doing this by persuading more and more governments and, at a deeper level, people to sign on certain key ideas as to how the world operate for our mutual benefit*» (62).

Ce n'est qu'en adoptant une position de leader que ces objectifs peuvent être remplis. Barack Obama en a fait, lui aussi, le cœur de sa stratégie à l'égard du droit international. En 2009, lors d'une réunion du G20, il affirmait : «*mon message est clair : les Etats-Unis sont prêts à assumer leur leadership*» (63). Cette volonté de renouveler le leadership américain est confirmée un an plus tard dans la *National Security Strategy* présentée au Congrès : «*America's commitment to democracy, human rights, and the rule*

(59) G. SIMPSON, «Two liberalisms», *EJIL*, vol. XII, 2001, p. 537.

(60) Cité par S. VIANNA, *L'Amérique en face de la conflagration européenne*, Leçon inaugurale du cours de Droit international public, M. A. Vasconcellos, Rio de Janeiro, 1916, pp. 9-10.

(61) G. W. BUSH, Discours sur l'état de l'Union, 2003.

(62) R. HAAS, «Defining US foreign policy in a Post-Post-Cold War. The 2002 Arthur Ross lecture, Remarks to foreign policy association», New York, 22 avr. 2002.

(63) Cité dans *Le Monde*, 25 mars 2009.

*of law are essential sources of our strength and influence in the world*» (64). Cette affirmation semble néanmoins avoir peu d'effets pratiques : face à la crise interne que connaît la première puissance américaine et aux difficultés en Afghanistan et en Iraq, c'est plutôt une position de retrait qui caractérise le comportement américain dans les relations internationales depuis 2009. Le leadership de l'Amérique a été peu visible lors des sommets du G20 ou encore à l'occasion des révoltes ayant eu cours en Afrique en 2010 et 2011.

Au fond, la principale interrogation des participants au processus décisionnel américain est la suivante : «*how does obeying international law advance US foreign policy interests and strengthen America's position of global leadership?*» (65). Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, ce double objectif de protection des intérêts nationaux et de promotion du leadership américain s'est manifesté par l'attention particulière portée aux institutions internationales. La participation des Etats-Unis aux activités des organisations universelles en est la preuve (66), tout comme leur rôle actif dans les négociations des traités au sein de conférences multilatérales. Néanmoins, leur exceptionnalisme à cet égard s'est aussi manifesté de manière plus négative. Bien qu'étant auteurs de traités internationaux, ils se sont souvent refusés à en devenir les destinataires, en ne signant pas ou en ne ratifiant pas les accords négociés (67). Cette attitude singulière a pu être considérée comme une forme d'«exceptionnalisme juridique» (68). Cette attitude est même qualifiée d'hégémonique, dans la mesure où les Etats-Unis, s'ils estiment que leurs intérêts ne sont pas protégés, privilégient l'image d'une puissance solitaire au détriment d'une puissance solidaire (69). Les objectifs d'intérêt général cèdent alors le pas face à la défense des intérêts américains et à la valorisation de leur modèle juridique interne. En effet, les principes qui gouvernent l'Amérique conditionnent l'engagement des Etats-Unis envers le système juridique international.

(64) *US National Security Strategy*, mai 2010.

(65) Cf. les propos de Harold H. KOH, conseiller juridique du Département d'Etat, *op. cit.*

(66) J. F. MURPHY, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 2.

(67) Cf. notamment l'attitude américaine à l'égard de la Cour pénale internationale, *infra*.

(68) N. KIRSH, «Imperial international law», *Global Law Working Paper*, New York University, 2004, p. 24.

(69) S. SUR, «L'hégémonie américaine en question», *Annuaire français de relations internationales*, vol. III, 2002, pp. 12-13.

UNE POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE  
CONDITIONNÉE PAR LE RESPECT  
DU MODÈLE CONSTITUTIONNEL AMÉRICAIN

«*Nous tenons notre leadership de notre exemple intérieur*» (70). Par une telle affirmation, Bill Clinton révèle l'importance accordée par les Etats-Unis au modèle national avant tout engagement international. Leur statut de première puissance mondiale et de première démocratie occidentale explique en partie l'accent ainsi porté sur les relations entre les impératifs de l'ordre interne et les exigences de l'ordre juridique international. La Constitution américaine joue à cet égard un rôle essentiel en tant que pièce maîtresse de l'imaginaire juridique américain (71). A ce titre, ce sont non seulement les aspects structurels, mais aussi les principes substantiels contenus dans la Constitution qui doivent être respectés – voire exportés – au plan international.

L'emprise du cadre fédéral sur l'engagement international des Etats-Unis

Le fédéralisme joue un rôle important dans la détermination de la politique extérieure américaine (72). Si les autorités fédérales sont celles qui bénéficient des pouvoirs les plus larges sur le plan des engagements internationaux américains (73), les controverses restent nombreuses eu égard à la répartition des compétences entre entités fédérées et Etat fédéral. Elles ont été renouvelées lors des débats portés devant la Cour internationale de Justice dans les affaires Lagrand et Avena, relatives au respect par les Etats-Unis de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (74). Le contre-mémoire des Etats-Unis devant la Cour fait état de la spécificité de la Constitution américaine à ce propos (75).

De plus, au sein même de l'autorité fédérale, la répartition des compétences entre le Sénat et le Président joue un rôle significatif dans la détermination de l'engagement américain sur le plan international. D'après l'article II section 2 (2) de la Constitution américaine, le pouvoir d'engager les Etats-Unis au plan international par la conclusion d'un traité interna-

(70) Cité par P. MÉLANDRI / J. VAÏSSE, *op. cit.*, p. 459.

(71) La Constitution est comparable, pour A. Garapon et I. Papadopoulos, à la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen. Cf. A. GARAPON / I. PAPAPOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Paris, 2003, p. 27.

(72) C. BRADLEY / J. GOLDSMITH, «The abiding relevance of federalism to US foreign relations», *AJIL*, vol. XCII, 1998, pp. 675-679.

(73) Art. I, section de la Constitution. Les larges pouvoirs de la fédération sur le plan des engagements internationaux ont été confirmés par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Missouri v. Holland*, dès 1920, *State of Missouri v. Holland*, United States, Game Warden, 252 U.S. 416 (1920).

(74) Arrêt relatif à l'affaire *LaGrand (République fédérale d'Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, *CIJ Rec.*, 2001, p. 465. Arrêt relatif à l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, 31 mars 2004, *CIJ Rec.*, 2004, p. 12.

(75) A cette occasion, les Etats-Unis ont essayé de justifier leur non-respect de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par les exigences constitutionnelles américaines, notamment celles qui octroient aux Etats fédérés des compétences en matière pénale. Cf. Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire *LaGrand (République fédérale d'Allemagne c. Etats-Unis)*, 27 mars 2000.

tional revient au chef de l'exécutif, sous réserve du consentement du Sénat. Les rapports entre l'une et l'autre de ces autorités sont parfois présentés comme une justification au refus des Etats-Unis de s'engager juridiquement. Tel est le cas dans le domaine de l'environnement, où les Etats-Unis ont fait preuve de nombreuses réticences vis-à-vis du Protocole de Kyoto, cela, alors même qu'au cours des années 1970 les Américains ont été les premiers promoteurs du droit de l'environnement. Ils ont d'ailleurs ratifié plusieurs traités, parmi lesquels le Protocole de Montréal du 16 septembre 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, la Convention de Londres de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets ou encore la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, conclue en 1992.

Pourtant, bien qu'ayant joué un rôle important dans les négociations du Protocole de Kyoto, ils refusent toujours de le ratifier. L'une des principales raisons de ce refus américain s'explique par l'adoption d'une résolution unanime du Sénat – alors dominé par les Républicains – contre sa signature et sa ratification, en raison des retombées néfastes que cela pourrait engendrer pour l'économie américaine (76). Tandis que Bill Clinton signait le Protocole en 1998, il indiquait qu'il n'en recommandait pas la ratification tant que le texte ne répondrait pas plus clairement aux préoccupations américaines (77). L'engagement s'est trouvé presque invalidé par ce fait. George W. Bush rejeta quant à lui le texte en 2001. Même si B. Obama a défendu la réduction des émissions de gaz à effet de serre, le Sénat a une nouvelle fois rejeté le projet de loi proposé à cette fin (78). Outre ces facteurs structurels, la participation des Etats-Unis aux mécanismes de coopération internationale est conditionnée par le respect des principes fondamentaux du droit américain.

### *Le respect et l'exportation des principes constitutionnels américains*

L'importance attribuée aux principes constitutionnels qui fondent la nation américaine et les craintes d'atteinte à la souveraineté des Etats-Unis incitent les délégués américains à introduire des principes issus de leur droit interne dans les négociations internationales.

La première illustration de cette tendance réside dans la réaction des Etats-Unis au développement du droit international économique. L'ambivalence des positions américaines vis-à-vis de l'Organisation mondiale du

(76) Résolution Byrd-Hagel, 143 *Con. REC.* S8113-05, 25 juil. 1997.

(77) A. L. PAULUS, «From neglect to defiance? The United States and international adjudication», *EJIL*, vol. XV, 2004, p. 623.

(78) E. MÜLLENHÖVER, «La politique environnementale américaine», *Annuaire français de relations internationales*, vol. XI, 2010.

commerce (OMC) reflète les craintes de remise en cause de la souveraineté des Etats-Unis. Ces derniers souhaitent conserver un fort degré d'autonomie dans la prise de décision sur le plan international, notamment en vue d'assurer le respect de leur propre droit commercial. Ils utilisent l'OMC pour que les autres Etats modifient leurs engagements commerciaux internationaux et leur système commercial interne (79). Lors des débats portant sur la mise en œuvre des accords de l'*Uruguay Round*, la question de la compatibilité du mode de règlement des différends au sein de l'Organisation avec les principes constitutionnels américains était par exemple au centre des interrogations (80).

L'interprétation des accords de l'Organisation et l'examen de leur conformité aux principes dégagés par la Cour suprême des Etats-Unis dans ce domaine illustre également le propos. L'appréciation faite par les juristes américains de l'Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI du GATT (accord antidumping), en est un exemple. La rédaction de l'article 17.6 de l'Accord résulte directement de l'initiative des diplomates américains lors des négociations. En rédigeant cet article, qui impose aux groupes spéciaux de prendre en compte l'interprétation du droit par les autorités nationales, ces derniers se sont fondés sur la Doctrine Chevron établie par la Cour suprême dans une affaire du même nom (81). Il appert de cette décision que l'interprétation faite par l'agence administrative doit être respectée par les juridictions américaines dès lors qu'il s'agit d'une interprétation «acceptable». Les conditions de rédaction de l'article 17.6 reflètent le poids que les juristes américains, en tant que praticiens, accordent aux principes constitutionnels internes dans leur appréhension du droit international.

Cela conduit à un phénomène d'exportation du droit interne américain au sein de l'ordre juridique international, élément caractéristique de la politique juridique extérieure des Etats-Unis, comme le montrent les négociations du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (82). Lors des discussions devant le Congrès en 1998, David J. Scheffer, chef de la délégation américaine à la Conférence de Rome, a rappelé que l'établissement de la Cour pénale internationale et les difficultés de négociation du traité constitutif étaient le reflet des problèmes de fusion

(79) D. SAROOSHI, «Sovereignty, economic autonomy, the United States, and the international trading system: representations of a relationship», *EJIL*, vol. XV, 2004, pp. 651, 656 et suiv. Cf. également P. B. STEPHAN, «Sheriff or prisoner: the United States and the World Trade Organization», *Chicago Journal of International Law*, vol. I, 2000, pp. 49-74.

(80) C. C. PARLIN, *ASIL, Proceedings of the 89th annual meeting (April 5-8, 1995)*, p. 317.

(81) J. H. JACKSON, «The great sovereignty debate: US acceptance of and implementation of the Uruguay round results», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. XXXVI, 1997, p. 170. *Chevron USA Inc. v. National Resources Defense Council Inc.*, 467 US 837 (1984). Sur cette affaire, cf. C. A. BRADLEY, «Chevron deference and foreign affairs», *Virginia Law Review*, vol. LXXXVI, 2000, pp. 649-726.

(82) R. WEDGWOOD, «The international criminal court: an American view», *EJIL*, vol. X, 1999, pp. 93-107. Plus généralement, cf. la thèse de J. FERNANDEZ, *La Politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Pedone, Paris, 2010, 650 p.

entre différentes traditions nationales (83). L'une des principales craintes concernant cette juridiction réside dans l'atteinte aux principes démocratiques qui sont au cœur de la nation américaine : certains affirment par exemple que le Statut de Rome opère un transfert au profit des membres de la Cour pénale internationale de l'autorité de juger des décisions politiques prises par des représentants américains élus par le peuple des Etats-Unis – en ayant le pouvoir d'agir directement sur la condition des Américains, la Cour remettrait ainsi en cause le premier principe de la démocratie américaine, selon lequel les ressortissants ont le droit de choisir directement ou indirectement les individus ayant le pouvoir de les juger – ; en outre, *de facto*, la Cour exercerait, selon eux, le pouvoir exécutif en lieu et place du gouvernement américain en dehors de la sanction d'une élection ou d'une responsabilité démocratique de quelque nature que ce soit. L'une des principales critiques est liée au statut du procureur de la Cour pénale internationale, ainsi qu'au mode d'élection des juges de la Cour, qui feraient de ces autorités des représentants des intérêts étatiques et non des individus : une telle approche serait contraire à la pratique institutionnelle américaine, laquelle soumet la sélection des procureurs et des juges au choix du peuple américain, à l'issue d'une longue tradition de méfiance envers le pouvoir judiciaire fédéral. John R. Bolton, diplomate républicain (84), a affirmé à ce propos que la participation des Etats-Unis à une institution supranationale, dont la création n'est pas envisagée par la Constitution américaine, réduirait l'autonomie constitutionnelle des trois branches du gouvernement américain. Sur un plan plus politique, le sénateur Jesse A. Helms, président de la Commission des affaires étrangères au Sénat de 1995 à 2001, a rappelé pour sa part qu'aucune institution internationale n'est compétente pour juger la politique étrangère des Etats-Unis, les juridictions américaines se refusant elles-mêmes à ce type d'analyses (85). L'arrivée de G. W. Bush au pouvoir a conduit au développement d'une féroce campagne «anti-CPI», cela, au nom des risques d'atteinte à la souveraineté des Etats-Unis et au principe de séparation des pouvoirs prévu par la Constitution. Pour autant, les décideurs américains n'hésitent pas à soutenir la création de mécanismes *ad hoc*, comme les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ou les juridictions hybrides, telles que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens. Cette réticence envers les juridictions permanentes n'est pas nouvelle. L'attitude des Etats-Unis envers la Cour internationale de Justice avait déjà révélé des inquiétudes similaires, en particulier depuis l'affaire qui les a opposés au Nicaragua

(83) *Hearing before the subcommittee on international operations of the Committee of foreign relations of the United States Senate*, 105<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> session, 23 juil. 1998, S. Hrg. 105-724, p. 11.

(84) John R. Bolton a travaillé au sein du Département d'Etat sous les administrations Reagan et G. H. Bush. En 2005 et 2006, il fut ambassadeur des Etats-Unis auprès des Nations Unies.

(85) Discours devant le Conseil de sécurité des Nations Unies, 20 janv. 2000.

dans les années 1980 : à l'occasion de ce différend (86), le conseiller juridique du Département d'Etat de l'époque, Abram Sofaer, n'avait pas hésité à contester la compétence de la Cour en ce qu'elle remettrait en cause la liberté qui appartient aux Etats-Unis de définir les modalités d'une action en légitime défense (87).

Ces comportements illustrent la méfiance généralisée des décideurs américains envers une sur-légalisation des relations internationales, cela, quel que soit le domaine concerné. Les risques d'une trop forte institutionnalisation ont non seulement été soulignés à propos de la Cour pénale internationale (88), mais aussi à l'égard de l'Organisation mondiale du commerce (89). Certes, le droit international joue un rôle dans les relations internationales, mais, comme le fait observer Edwin D. Williamson, conseiller juridique du Département d'Etat entre 1990 et 1993, il doit être employé avec justesse, dans des circonstances spécifiques, avec des objectifs limités, sous peine de ne pas être réaliste (90). De même, en matière de maîtrise des armements, les Etats-Unis ont tendance à privilégier les actes unilatéraux pour assurer l'efficacité de l'action et pour préserver leurs intérêts nationaux. Il s'agit moins de l'abandon du multilatéralisme que d'un «*opportunisme instrumental*» (91). Dans une telle perspective, les gouvernants privilégient les engagements informels et les conventions bilatérales, plutôt que les traités multilatéraux. Et lorsqu'ils acceptent de participer à des négociations multilatérales et de signer les grands traités multilatéraux, ils le font dans la perspective de protéger leurs intérêts et d'imposer leurs standards juridiques internes (92). Si tel n'est pas le cas, ils refusent de s'engager. Ce qui ne les empêche pas de conserver un droit de regard sur la pratique conventionnelle, comme l'illustre leur participation aux réunions de l'Assemblée des Etats parties au Statut de Rome, bien qu'ils aient retiré leur signature (93). Plus généralement, ils affirment soutenir les poursuites engagées devant la CPI dès lors qu'elles sont

(86) Arrêt relatif à l'Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (*Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique*), arrêt du 27 juin 1986, *CIJ Rec.*, 1986.

(87) *Statement of Legal Adviser of State Department, Abraham D. Sofaer, to Senate Foreign relations Committee*, 4 déc. 1985, *Department of State Bulletin*, vol. LXXXV, janv. 1986, p. 67.

(88) A.-M. SLAUGHTER, «The legalization of international relations : remarks by Anne-Marie Slaughter», *ASIL*, vol. XCVI, 2002, pp. 294-296.

(89) W. J. DAVEY, «WTO dispute settlement : segregating the useful political aspects and avoiding 'over-legalization'», pp. 291-307, in M. BRONCKERS / R. QUICK (dir.), *New Directions in International Economic Law. Essays in honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International, La Haye, 2000, 594 p. Tout en insistant sur la distinction entre mécanismes politiques et juridiques, l'auteur affirme qu'il est nécessaire de conserver certains mécanismes politiques comme la procédure de consultation, la direction des panels

(90) E. D. WILLIAMSON, «Realism versus legalism in international relations», *ASIL Proceedings*, 2002, pp. 262-265.

(91) G. BOUTHERIN, «Maîtrise des armements non conventionnels : le salut viendra-t-il du *soft disarmament* ?», *AFDI*, vol. LIII, 2007, pp. 224-247.

(92) P. KLEIN, «The effects of US predominance on the elaboration of treaty regimes and on the evolution of the law of treaties», in M. BYERS / G. NOLTE (dir.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 363-391.

(93) En particulier pour la définition du crime d'agression et la compatibilité de la répression de ce crime avec les principes fondamentaux du système américain. Cf. M. GLENNON, «Le crime d'agression : une définition sans rime ni raison», *Annuaire français de relations internationales*, vol. XI, 2010, pp. 269-303.

compatibles avec les «*intérêts et valeurs américains, en conformité avec les exigences du droit américain*» (94).

Cette volonté de conserver une liberté d'action sur la scène internationale est un élément récurrent de la stratégie juridique des Etats-Unis. Lors de la création de la Société des Nations en 1919, les observateurs constataient déjà que «*l'Amérique est toute prête à venir défendre une Belgique ou une France dont la frontière serait violée par l'invasion ennemie; mais elle préfère intervenir en vertu de son sens du devoir moral en toute générosité comme en toute liberté, sans avoir à le faire en raison d'un engagement formel et précis*» (95). En ressort un discours sur le droit international guidé par l'anti-formalisme (96) et l'utilitarisme, dont résulte l'idée selon laquelle les règles juridiques sont des instruments flexibles qui doivent, si nécessaire, être adaptés aux évolutions du contexte international et aux finalités poursuivies par les membres de la communauté internationale.

#### UNE POLITIQUE JURIDIQUE EXTÉRIEURE GUIDÉE PAR UNE APPROCHE FLEXIBLE DU DROIT INTERNATIONAL

Aux Etats-Unis, le «*réalisme pragmatique*» (97) est prédominant au sein de la culture politique. Sur un plan juridique, cette conception incite à envisager les règles comme un ensemble de principes adaptables aux circonstances. En ressort l'image d'un droit vivant et dynamique, adaptable aux circonstances nouvelles. Ce discours imprègne les auteurs de la politique extérieure américaine, lesquels – on s'en souvient – ont pour la plupart reçu une formation juridique, voire enseigné dans les *law schools*. Ce faisant, c'est d'abord l'utilité qui détermine l'application des normes juridiques. Les Etats-Unis déterminent ainsi leur comportement par rapport à la capacité d'adaptation de la norme aux situations nouvelles. Si tel n'est pas le cas, ils n'hésitent pas à en écarter l'application ou à instrumentaliser la règle afin d'en justifier une nouvelle interprétation.

#### *L'adaptabilité de la norme internationale aux situations nouvelles*

Marqués par une conception utilitariste du droit, les internationalistes américains considèrent, pour la majeure partie d'entre eux, la flexibilité

(94) *US National Security Strategy*, mai 2010, p. 48.

(95) A. DE LA PRADELLE, *Maîtres et doctrines du droit des gens*, Les éditions internationales, Paris, 1950 (2<sup>e</sup> éd.), p. 18.

(96) E. JOUANNET, «Les visions française et américaine du droit international : cultures juridiques et droit international», in SFDI, *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Pedone, Paris, 2008, pp. 437-459. Cf. également N. HAUPAIS, «Utopie? Réalisme? La centralisation du recours à la force au sein de l'ONU», *Annuaire français de relations internationales*, vol. XII, 2011, pp. 89 et suiv.

(97) M; J. GLENNON, «Un combat *sui generis*», in G. ANDRÉANI / P. HASSNER (dir.), *Justifier la guerre?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2005, p. 218.

comme un élément central à la réalisation des normes juridiques. L'adaptation nécessaire du droit international aux acteurs et aux attentes concrètes de la société internationale implique, pour évaluer la conformité d'une action étatique au droit international, de dépasser la dichotomie classique entre licéité et illicéité. Louis Henkin fait partie des premiers auteurs à avoir défendu une telle idée, en faisant la promotion d'un droit flexible (98) : selon lui, «*international law is replete with standards of substantial flexibility, as when it prescribes 'reasonable' or 'just behavior', or permits a nation only 'proportional' response to a violation*» (99). Dès lors, la licéité doit se comprendre en termes de degrés, les différents paliers qui la composent variant selon les circonstances factuelles propres à chaque situation.

L'évolution de l'environnement mondial au cours des années 1950 et les interventions subséquentes des États-Unis dans plusieurs actions armées contre les régimes communistes contribuent à l'intégration définitive de la flexibilité dans le discours américain à l'égard du droit international. Qu'il s'agisse de la crise de Cuba, de l'intervention américaine à Grenade, au Panama ou en République dominicaine, la justification du recours à la force a toujours été conditionnée par un examen des conditions concrètes propres à chaque espèce (100). Selon les décideurs américains, l'application rigide de la règle de l'interdiction du recours à la force pouvant conduire à des résultats absurdes, il faut l'appréhender de manière flexible, en fonction des situations (101).

L'argumentaire employé lors de la crise de Cuba illustre le propos. Alors que le président Kennedy déclare, le 23 octobre 1962, que la quarantaine prendra effet le lendemain (102), certains n'hésitent pas à rejeter toute utilité et toute pertinence du droit international dans cette affaire. C'est la position adoptée par Dean Acheson, ancien Secrétaire d'Etat sous la présidence d'Harry S. Truman de 1949 à 1953, ayant joué un rôle central dans la conduite de la politique étrangère américaine durant la Guerre froide (103). Lors de la Conférence annuelle de l'ASIL en 1963, il se prononce en ces termes : «*in my estimation, [...] the quarantine is not a legal issue or an issue of international law as these terms could be understood*». Il

(98) Cf. les propos de R. O. KEOHANE, «How actors in world politics behave : legalization and world politics?», *ASIL Proceedings*, vol. XCVI, 2002, p. 213. Selon cet auteur, «*law is flexible, not a straightjacket. On the contrary, law varies in how precise and obligatory it is*».

(99) L. HENKIN, *How Nations Behave : Law and Foreign policy*, Columbia University Press, New York, 1979 (2<sup>e</sup> éd.), p. 327.

(100) G. NOLTE, «Le droit international face au défi américain», *Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris*, Université Panthéon-Assas / Pedone, Paris, 2005, p. 11.

(101) T. M. FRANCK (dir.), *Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attack*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 172.

(102) Pour une analyse approfondie des faits de l'espèce, cf. L. HENKIN, «International law and national behavior», *RCADI*, t. 114, 1965-I, pp. 251 et suiv.

(103) Cf. J. ZASLOFF, «More realism about realism : Dean Acheson and the jurisprudence of Cold war diplomacy», University of California School of Law (Research paper, n° 07-01), janv. 2007, pp. 1-47.

ajoute : « *I must conclude that the propriety of the Cuban quarantine is not a legal issue* » (104). Le conseiller juridique du Département d'Etat en poste à cette époque, Abram Chayes, adopta toutefois une position moins radicale : selon lui, le droit international a été pris en considération dans l'affaire de Cuba, même s'il est difficile de déterminer quel a été son rôle exact dans la prise de décision politique ; et la principale question posée par cette affaire était de déterminer comment le droit entre dans le processus de prise de décision politique et non pas dans quelle mesure il y entre (105). Son collaborateur Leonard C. Meeker (106), *deputy legal adviser*, rappelant le principe général d'interdiction du recours à la force, a néanmoins souligné la nécessité d'en faire une nouvelle interprétation au regard de la situation d'espèce (107). L'adaptation, voire la modification, du principe général d'interdiction a également été défendue plus récemment lors de l'intervention de l'OTAN au Kosovo par le conseiller juridique auprès du Département de l'époque, Abraham Sofaer, pour justifier la légalité de l'intervention (108).

Bien qu'elle soit beaucoup plus controversée, l'intervention armée des Etats-Unis en Iraq a donné lieu à une argumentation similaire. C'est une interprétation particulièrement extensive du droit de légitime défense qui a cette fois été mise en avant, au nom d'une nécessaire adaptation du droit aux nouveaux dangers que représente le terrorisme. Résultat d'une interprétation téléologique de la règle, la légalité est perçue comme une question de degrés et non comme un choix du tout ou rien. S'appuyant sur cette démarche, Ruth Wedgwood (109) affirme qu'il importe de tenir compte des changements intervenus depuis la rédaction de la Charte des Nations Unies et de prendre soin d'assurer l'adaptation du droit international au fait (110). William Taft IV et T. Buchwald, membres du bureau juridique du Département d'Etat au moment de l'intervention, ont soutenu la nécessité d'adapter le concept d'imminence d'une attaque armée aux capacités et objectifs des terroristes (111). Cet argumentaire avait déjà été utilisé lors

(104) D. ACHESON, «Remarks», *ASIL Proceedings*, 1963, p. 14.

(105) A. CHAYES, *The Cuban Missile Crisis, International crisis and the Role of Law*, Oxford University Press, New York/Londres, 1974, p. 4.

(106) A. CHAYES, *ibid.* A. Chayes assure que le respect par les Etats de leurs engagements internationaux dépend de trois principaux facteurs : l'efficacité, l'intérêt national et les normes. Le respect du droit international dépend moins du risque de sanction que de la crainte, par l'Etat, de voir son statut diminuer en raison de sa réputation. Cf. A. CHAYES, *The New Sovereignty, Compliance with Regulatory Agreements*, Harvard University Press, 1995, pp. 4 et 109 et suiv.

(107) Pour un rappel des arguments américains, cf. Q. WRIGHT, «The Cuban quarantine», *AJIL*, vol. LVII, 1963, pp. 553 et suiv. Cf. également L. HENKIN, «International law...», *op. cit.*, p. 259.

(108) A. D. SOFAER, «International law and Kosovo», *Stanford Journal of International Law*, vol. XXXVI, 2000, pp. 1-21.

(109) R. Wedgwood a notamment été membre du Comité consultatif sur le droit international du Secrétaire d'Etat américain.

(110) R. WEDGWOOD, «The fall of Saddam Hussein : Security Council mandates and preemptive self-defense», *AJIL*, vol. XCVII, 2003, pp. 581 et 584-485.

(111) W. H. TAFT IV / T. BUCHWALD, «Preemption, Iraq and international law», *AJIL*, vol. XCVII, 2003, pp. 557-563.

des attaques du 11 septembre 2001 au sein de la doctrine internationaliste américaine. Michael Reisman, partisan de l'approche *policy-oriented* proposée par McDougal dans les années 1950, a affirmé à cette occasion : *«the different circumstances of each new conflict will require different adaptations, which, while faithful to the policies and principles of humanitarian law, will ensure their continuing relevance in new contexts. [...] Societies that cherish human dignity anguish over every decision about using force, seek to ensure that the law of armed conflict is observed, and, above all, search for avenues of accomodation and settlement»* (112).

Avant même l'attentat terroriste de 2001, cette thèse avait été avancée devant la Cour internationale de Justice par Michael J. Matheson, conseiller juridique au Département d'Etat et *deputy legal adviser* de 1990 à 2000. Défendant la position américaine dans l'affaire relative aux Plates-formes pétrolières opposant les Etats-Unis à l'Iran, il affirmait que le droit de légitime défense, considéré comme une sauvegarde fondamentale de l'ordre juridique contemporain, ne peut être fondé sur des moyens artificiels ou déraisonnables qui empêcheraient les Etats de défendre leur sécurité (113). Les attaques ciblées des Etats-Unis en Afghanistan, au Pakistan et au Yémen en 2010 ont révélé la persistance de ce discours, alors que la sécurité nationale reste un sujet très sensible au sein de l'administration américaine. Pour justifier ces actions, le conseiller juridique Harold H. Koh propose une interprétation extensive du droit international : s'appuyant sur le fait que les Etats-Unis sont en guerre contre Al Quaida, il a justifié ces attaques sur la base du droit des conflits armés et sur le droit inhérent de légitime défense des Etats-Unis contre une attaque armée imminente (114). Ce faisant, il ne rompt pas définitivement avec les propos tenus par la précédente administration et révèle l'ambivalence de la position américaine eu égard au principe d'interdiction du recours à la force en droit international. De manière générale, en procédant à une interprétation flexible des règles juridiques, les Etats-Unis restreignent le champ de leurs obligations juridiques internationales, au risque d'instrumentalisation des règles de droit positif.

### *De l'utilitarisme à l'approche conséquentialiste : l'instrumentalisation des règles de droit*

La flexibilité du droit qui guide la politique juridique extérieure conduit à faire de l'effectivité le critère privilégié de validité de la règle. Dans la tradition américaine, *«il n'y a de normes que lorsqu'elles sont appliquées et*

(112) W. M. REISMAN, «In defence of world public order», *AJIL*, vol. XCV, 2001, pp. 834-835.

(113) Contre-mémoire présenté le 23 juin 1997 par Michael J. Matheson dans l'affaire portée devant la Cour internationale de Justice relative aux Plates-formes pétrolières (*République islamique d'Iran c. Etats-Unis*), §4.07 et 4.08.

(114) Cf. les propos tenus par H. H. Koh lors de la Conférence de l'American Society of International Law en mars 2010, *op. cit.*

*exécutées*» (115). Partant, il existe incontestablement un risque de privilégier une analyse de la validité de la norme juridique à l'aune de son efficacité. Si la norme internationale n'est pas utile à la résolution des problèmes internationaux, elle n'est pas appliquée. On aboutit ainsi – notamment au nom d'une éthique de l'urgence – à une perspective conséquentialiste du droit, qui incite les juristes américains à défendre l'unilatéralisme. Telle est, par exemple, la position de Kenneth Anderson, professeur de Droit au Washington College of Law, qui privilégie l'unilatéralisme au nom de la défense des intérêts américains. D'autres auteurs, optant pour une position plus modérée, mettent en avant un unilatéralisme par défaut. Parmi les partisans de cette approche, on peut citer Michael Reisman, qui affirme ainsi «[m]ultilateralism when we can, unilateralism when we must» (116). L'autorité de l'unilatéralisme viendrait, selon lui, d'une nouvelle forme de processus de création du droit (117).

Cette tendance au «conséquentialisme» s'est renforcée sous l'impulsion de l'analyse économique du droit, qui a connu un grand succès aux Etats-Unis dans les années 1980. Appliquée au droit international à la fin des années 1990 (118), une telle méthode aboutit à l'introduction du concept d'efficacité dans l'examen des règles et conforte l'utilisation d'une méthode coût-bénéfice. Il importe de préciser que les partisans de l'analyse économique des règles juridiques sont ancrés dans une tradition politique de droite et qu'ils sont proches du mouvement conservateur américain. Assez logiquement, leurs thèses ont connu un certain succès sous la présidence de George W. Bush, à l'image de celles avancées par Jack L. Goldsmith et John C. Yoo (119). Les positions qu'ils ont défendues à propos des traitements inhumains infligés aux prisonniers de Guantanamo et d'Abu Ghraib (120) et du statut de prisonnier de guerre accordé aux Talibans et aux membres d'Al Quaida sont associés à l'analyse économique du droit. Se fondant sur une approche du «résultat» (121), réduisant le droit international à un «genre spécial de politique», ces auteurs ont écarté les règles relatives à la protection des prisonniers de guerre à ces individus. On ne peut

(115) D. KENNEDY, «Les clichés revisités, le droit international et la politique», *Droit international* 4, Pedone, Paris, 2000, p. 12.

(116) W. M. REISMAN, «The United States and international institutions», *Survival*, vol. XLI, 1999, pp. 62 et suiv. Expression également utilisée par l'administration Clinton à propos des lignes directrices de la politique étrangère américaine.

(117) W. M. REISMAN, «Unilateral action and the transformations of the world constitutive process : the special problem of humanitarian intervention», *EJIL*, vol. XI, 2000, pp. 3-18; J. HATHAWAY, «America, defender of democratic legitimacy?», *EJIL*, vol. 11, 2000, pp. 126 et suiv.

(118) J. L. DUNOFF / J. P. TRACHTMAN, «The law and economics of humanitarian law violations in internal conflicts», *AJIL*, vol. XCIII, 1999, pp. 395-409.

(119) Jack L. Goldsmith et John C. Yoo, tous deux professeurs de droit, ont travaillé auprès du conseiller juridique du Département de la justice sous la présidence de George W. Bush.

(120) K. J. GREENBERG / J. L. DRATEL (dir.), *The Torture Papers, The Road to Abu Ghraib*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 1 249 p.

(121) J. E. ALVAREZ, «Torturing the law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. XXXVII, 2006, p. 215.

que regretter les excès auxquels ont pu mener de tels arguments. L'interprétation des normes internationales proposée est révélatrice des dérives auxquelles peut conduire une vision instrumentale du droit international, au risque de «*torturer*» (122) celui-là. Si ces points de vue illustrent la stratégie juridique à l'égard du droit international menée sous l'administration de G. W. Bush, ils ne représentent en aucun cas une constante dans les positions avancées par les Etats-Unis sur la scène internationale. En effet, la notoriété des auteurs de ces mémos est essentiellement conjoncturelle, liée à leur statut parmi les conservateurs américains. Bien que ces dérives aient été critiquées par la plupart des internationalistes américains, certains observateurs soulignent qu'elles sont la preuve des insuffisances des règles de droit positif relatives aux conflits armés. Pour John Bellinger III, conseiller juridique auprès du Département d'Etat de 2005 à 2009, c'est la preuve qu'il faut offrir un nouveau droit pour guider les décideurs politiques en la matière (123).

Cet ensemble de considérations soulève la délicate question de la responsabilité des juristes dans le cadre de leur participation au processus décisionnel. Ce débat a pris une ampleur singulière aux Etats-Unis sous l'administration de G. W. Bush, même s'il avait déjà été soulevé dans les années soixante. Lors de la crise de Cuba, Richard A. Falk avait notamment souligné : «*this display of national patriotism at the expense of scholarly detachment damaged the image of impartiality associated with professionalism in the practice of public international law*» (124). La même remarque peut être appliquée aux propos tenus par les juristes américains ayant travaillé pour l'administration Bush. S'il est impossible d'ignorer l'influence qu'exerce la protection des intérêts nationaux sur le travail des juristes, celui-là doit néanmoins être guidé par une analyse objective et par le respect de l'éthique (125), sous peine d'une instrumentalisation des normes internationales. C'est dans cette même perspective qu'en 2010, Harold H. Koh, souhaitant rompre avec l'attitude de ses prédécesseurs, affirmait : «*[L]egal advisers also serve as a conscience for the US Government with regard to international law. [...] In this role, the Legal Adviser must serve not only as a source of black letter advice to his clients, but more fundamentally, as a source of good judgment. That means that one of the most important roles of the Legal Adviser is to advise the Secretary when a policy option being proposed is 'lawful but awful'*».

(122) *Ibid.*

(123) J. BELLINGER III, «Detention operations in contemporary conflicts : four challenges for the Geneva Conventions and other existing law», *AJIL*, vol. CV, 2011, p. 243.

(124) Richard A. FALK, «On identifying and solving the problem of compliance with international law», *ASIL Proceedings*, 1964, p. 5.

(125) Remarques d'O. SCHACHTER, «The invisible college of international lawyers», *Northwestern University Law Review*, vol. LXXII, 1977-1978, pp. 217 et suiv. Cf. également les propos de J. E. ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 215 et suiv.

En associant ainsi l'éthique et l'action politique, le conseiller juridique d'Hilary Clinton illustre la volonté profonde de l'administration Obama de redonner aux Etats-Unis une plus grande légitimité sur la scène internationale.

C'est à cette fin que, depuis 2009, est promue une image des Etats-Unis en tant que partenaires stratégiques dans le jeu multilatéral et non en tant que gendarmes du monde. Toutefois, la politique juridique extérieure américaine reste guidée par l'importance accordée à la flexibilité des normes internationales, cela, non seulement au nom de la protection des intérêts américains, mais aussi afin d'assurer l'adaptation du droit aux besoins et aux valeurs de l'ensemble de la communauté internationale. Ce faisant, c'est bien plus la continuité que la rupture qui caractérise l'ère Obama-Clinton.

Comme tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, la stratégie juridique des Etats-Unis est marquée par une conception instrumentale du droit international. Considérant les valeurs américaines comme exceptionnelles, les décideurs politiques entendent les promouvoir sur la scène internationale au nom de l'exercice d'un *smart power*, sans nécessairement en assurer le respect lors de leurs propres interventions extérieures. C'est toute l'ambivalence du comportement américain à l'égard du système juridique international depuis plus d'un siècle.

