

OPERATION « LIBERTE IMMuable » : UNE EXTENSION ABUSIVE DU CONCEPT DE LEGITIME DEFENSE

par

Olivier Corten et François Dubuisson

*Professeur de droit international et assistant à l'Université Libre de Bruxelles
Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international*

I – UNE INTERPRÉTATION ABUSIVE DE LA NOTION D'AGRESSION ARMÉE

- A. Une interprétation abusive des règles juridiques spécifiques régissant l'imputation d'une agression**
- B. Une interprétation abusive des principes généraux du droit de la responsabilité régissant l'imputation d'un fait illicite**

II – UN CONTOURNEMENT ABUSIF DE L'EXIGENCE DU CARACTERE NECESSAIRE ET PROPORTIONNÉ DE LA RIPOSTE

- A. Un contournement abusif de l'exigence du but limité de la riposte**
- B. Un contournement abusif de l'exigence de l'exclusivité du moyen**

La « légitime défense » a constitué l'argument juridique essentiel avancé par les Etats-Unis en vue de justifier le déclenchement de l'opération « justice sans limite », bientôt rebaptisée « liberté immuable ». Washington a été suivi assez rapidement par plusieurs de ses alliés, qui ont eux aussi fait appel à cette institution classique du droit international public¹. Le Conseil de sécurité lui-même a, dès le lendemain des attentats meurtriers du 11 septembre 2001, reconnu dans l'un des considérants de la résolution 1368 le « droit inhérent à la légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte », droit réaffirmé quelques jours plus tard dans un autre considérant de sa résolution 1373 (2001)². Cet argument pose d'emblée problème au regard du droit international établi par la Charte des Nations Unies, qui limite cette hypothèse à la riposte nécessaire et proportionnée par un Etat à une agression armée perpétrée par un autre Etat. Est-on bien dans ce cas de figure lorsqu'on mène une action militaire contre un Etat pour la seule et unique raison qu'il a soutenu un groupe terroriste ? Peut-on par ailleurs considérer que l'article 51 de la Charte a été respecté alors que le Conseil de sécurité, qui était visiblement disposé à adopter des mesures très étendues, y compris dans le domaine militaire, n'a jamais été saisi à cette fin ? Telles seront les questions qui feront l'objet du présent article, qui se concentrera sur la validité de l'argumentation des Etats-Unis par rapport au droit international existant au moment des faits.

Précisons à cet égard que c'est moins la licéité *in casu* de l'opération militaire que la validité de l'argumentation présentée à son appui qui nous importera. De nombreux éléments de fait sont toujours manquants à l'heure où nous écrivons ces lignes et, en tout état de cause, l'essentiel nous semble moins être la qualification spécifique de l'opération « liberté immuable » que les principes juridiques qui sont mis en question à son occasion³. Nous ne prétendons donc pas juger directement de la licéité intrinsèque de cette opération, mais plutôt

1 - Outre les Etats européens (voy. Déclaration de l'U.E. sur l'Afghanistan au Conseil de Sécurité, prononcée par L. Michel, 13 novembre 2001, <http://www.europa.eu.int/geninfo/keyissues/110901/index.htm#eureactions>; Suite des attentats du 11 septembre et lutte contre le terrorisme - Déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union européenne et du Président de la Commission européenne, Gand, 19 octobre 2001, <http://www.europa.eu.int/geninfo/keyissues/110901/index.htm#eureactions>; Statement by General Affairs Council of the EU, 8 October 2001; Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001, <http://www.europa.eu.int/geninfo/keyissues/110901/index.htm#eureactions>; Military operations in Afghanistan - Declaration by the EU Presidency, 7 octobre 2001, http://www.eu2001.be/VE_ADV_PRESS/detail.asp?cat_code=AA&item_id=1091&sess=86365918&lang=en&reference=12-01.02-01&.), on mentionnera not. la résolution de l'O.E.A., CP/RES. 796 (1293/01), 19 septembre 2001, http://www.oas.org/oaspage/crisis/res796_fr.htm, et la résolution du Comité du Traité de Rio du 16 octobre 2001 (<http://oas.org/en/pinfo/week/WeeklyReport/Press2001/October01/213.htm>), ainsi que la déclaration du Conseil de l'Atlantique nord du 12 septembre 2001, Press Release (2001) 124, <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm>, et les déclarations du Secrétaire Général de l'OTAN, Lord Robertson, 2 octobre 2001, <http://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002b.htm> et 8 octobre 2001, Press Release (2001) 138, <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-138e.htm>.

2 - Ces deux résolutions ont été respectivement adoptées les 12 et 28 septembre 2001.

3 - Voy. en ce sens l'éditorial du professeur CONDORELLI dans la présente *Revue*, 2001/4.

critiquer la pertinence de l'argumentaire juridique qui l'a accompagnée. Dans cette perspective, les positions adoptées par de nombreux Etats, lors des débats qui ont eu lieu à l'Assemblée générale notamment, ne nous seront que d'un secours limité. Il est à notre avis trop tôt pour décider dans quel sens l'*opinio juris* serait amenée à évoluer, d'autant que ces réactions, observées « à chaud » et allant dans des sens divers⁴, correspondent difficilement aux exigences que l'on est en droit d'attendre pour constater une éventuelle modification de règles généralement considérées comme ressortissant au droit le plus impératif⁵. Par contre, on peut se demander si les arguments juridiques présentés par les puissances intervenantes sont eux-mêmes conformes aux règles existantes, ou tendent au contraire à les dépasser.

Ce débat reste à notre sens largement ouvert, en dépit de l'attitude suivie par le Conseil de sécurité dans cette affaire⁶. Le Conseil n'a, ni explicitement ni implicitement, autorisé une opération militaire que les Etats-Unis ont dès l'origine entendu mener sans aucune forme d'encadrement de la part de l'ONU⁷. Le texte des résolutions pertinentes, tout comme les débats qui ont précédé leur adoption⁸, ne permettent qu'une conclusion à ce sujet : sans avoir été saisi d'une quelconque demande d'autorisation, le Conseil n'a pu logiquement en accorder une⁹. Cela étant, on pourrait peut-être prétendre que le Conseil a indirectement qualifié l'action militaire entreprise de légitime défense. Dans un premier temps, avant le début de l'opération militaire « Liberté immuable », il a fait une référence générale au droit de légitime défense « conformément à la Charte des Nations Unies », sans citer l'Afghanistan ni d'ailleurs une quelconque entité non étatique. Plusieurs semaines après le déclenchement de la guerre, dans l'un des considérants de

4 - Voy. par ex. les positions critiques émises par les 57 Etats de l'O.C.I. (communiqué of the ninth extraordinary session of the islamic conference of foreign ministers, Doha, Qatar, 10 octobre 2001, par. 11, <http://www.oic-oci/english/fm/All%20Download/fmex9.htm>), ou les positions de certains Etats comme l'Iran, l'Irak, le Qatar, le Vietnam, la Corée du Nord, l'Indonésie, Cuba (voy. *Le Monde* du 17 octobre 2001 ; CDI, « The World responds », <http://www.cdi.org/terrorism/world-responds-pr.cfm>), ou encore la Malaisie (débat au Conseil de sécurité, 13 novembre 2001, CS/2214, 4414^{ème} séance).

5 - Voy. l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ainsi que, parmi les sources les plus récentes, le Rapport de la C.D.I., août 2001, 53^e sess., A.G., Doc. Off., 56^e sess., Supp. N° 10 (A/56/10), comm. de l'art. 26 du projet, par. 5. Voy. encore A. CASSESE, « Article 51 » in J.-P. COT et A. PELLET (Eds.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 2^e éd., Paris, Economica, 1991, p. 790.

6 - Voy. *contra*, l'intervention du professeur RUZIE dans le forum organisé par « Actualité et droit international », <http://www.ridi.org/adi/debat/usalegdef.htm>.

7 - A supposer que le Conseil approuve *a posteriori* l'opération, ce qu'il n'avait toujours pas fait fin décembre en dépit de l'adoption de plusieurs résolutions sur le sujet, cette « approbation » ne pourrait à notre sens équivaloir à une autorisation au sens de la Charte ; voy. notre étude, « L'hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une 'autorisation implicite' du Conseil de sécurité », *R.G.D.I.P.*, 2000/4, pp. 892 et ss.

8 - S/PV.4370.

9 - Voy. les développements dans notre étude, « La guerre 'antiterroriste' engagée par les Etats-Unis a-t-elle été autorisée par le Conseil de sécurité ? », *Journal des Tribunaux* (Bruxelles), 15 décembre 2001.

sa résolution 1386 du 20 décembre 2001, le Conseil « appu[ie] l'action internationale entreprise pour extirper le terrorisme (« international efforts to rule out terrorism », selon la version anglaise), conformément à la Charte des Nations Unies » et réaffirme celles de ses résolutions précédentes qui concernent la lutte contre le terrorisme en général. A supposer même qu'on interprète ces formules ambiguës comme une approbation de l'opération¹⁰, cela ne peut suffire à clore le débat, dans la mesure où l'on n'est en présence ni d'une décision judiciaire, ni de l'expression de l'*opinio juris* de l'ensemble des Etats de la société internationale.

A ce stade, la question de la conformité de l'argument de la légitime défense au droit international renvoie tout simplement lieu aux exigences juridiques que l'on peut déduire de l'article 51 de la Charte. C'est en ce sens que nous envisagerons successivement la condition préalable de l'existence d'une « agression armée » (I), puis celles du caractère nécessaire et proportionné de la riposte officiellement destinée à y mettre fin (II). Dans les deux cas, nous verrons que l'argumentation avancée par les Etats-Unis semble difficilement conciliable avec les prescrits de la Charte des Nations Unies.

I. UNE INTERPRÉTATION ABUSIVE DE LA NOTION D'AGRESSION ARMÉE

Personne ne contestera que la gravité extrême des attentats du 11 septembre dernier sont susceptibles de les assimiler à de véritables actes de guerre, et même à des faits équivalents à un acte d'« agression » au sens de la définition adoptée sans vote le 14 décembre 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies¹¹. C'est dans cette perspective que l'on peut comprendre les références à la légitime défense opérées avant même que ne soi(en)t désigné(s) le (ou les) Etat(s) qui en serai(en)t la cible. Le problème qui se pose ici n'est pas tant l'assimilation abstraite de ce type d'attaque à un acte d'agression que celle de l'imputation de celui-ci à l'Etat qui a été accusé d'en être l'auteur. Cette question de l'imputation est un problème classique de responsabilité internationale, et peut être envisagé comme tel (B). Nous verrons cependant au préalable que les règles spécifiques qui précisent à quelles conditions une agression peut être imputée à un Etat suffisent à disqualifier l'argumentation des Etats-Unis (A).

10 - Il ne semble pas que le sens de ces formules ait été précisé de quelque manière lors des débats qui ont précédé l'adoption de la résolution; CS, 443^e s., CS/2235, 20 décembre 2001.

11 - Résolution 3314 (XXIX), adoptée par consensus le 14 décembre 1974 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Voy. not. P. Rambaud, « La définition de l'agression par l'O.N.U. », *R.G.D.I.P.*, 1976, pp. 844 et s.; B. Broms, « The definition of aggression », *R.C.A.D.I.*, 1977, I, pp. 299 et s.

A. Une interprétation abusive des règles juridiques spécifiques régissant l'imputation d'une agression

La première condition nécessaire pour fonder l'opération « liberté immuable » sur la légitime défense est l'existence préalable d'un acte d'agression armée de la part de l'Etat afghan. A cet égard, il est remarquable que les autorités britanniques et américaines n'aient jamais prétendu que les Taliban avaient eux-mêmes mené, ou même avaient directement participé, aux attentats du 11 septembre. La lecture des documents présentés aux opinions publiques pour justifier l'opération laisse apparaître une autre version des faits¹². C'est Al-Qaeda, organisation dont certains hauts responsables de l'administration américaine affirmaient encore il y a quelques mois qu'elle agissait de manière autonome¹³, qui serait l'auteur des attentats. Le régime des Taliban aurait toléré, abrité voire aidé cette organisation qui aurait pu s'implanter en Afghanistan et y exercer sans limite ses activités criminelles mais, toujours selon cette version des faits, rien n'indique que cette collaboration se serait concrétisée par l'organisation commune ou concertée des attentats meurtriers qui ont fait plusieurs milliers de victimes à New York et à Washington. Si l'on suit ce raisonnement, la légitime défense autoriserait donc une action armée contre tout Etat qui soutient des groupes terroristes, et c'est notamment sur cette base que des actions militaires futures contre d'autres Etats ont été évoquées¹⁴.

On sait que ce problème de l'utilisation par certains Etats de groupes armés irréguliers, (qu'il s'agisse de guérillas, de mercenaires mais aussi de terroristes), est loin d'être neuf. L'examen des travaux au sein de la Société des Nations montre ainsi que, dès le 10 mars 1933, un Comité composé de 17 Etats (parmi lesquels les Etats-Unis, le Royaume-Uni, la France, la Belgique, l'Allemagne et l'URSS) élaborera un texte assimilant à l'agression divers actes, parmi lesquels l'« appui donné à des bandes armées qui, formées sur son territoire, auront envahi le territoire d'un autre Etat, ou [le] refus, malgré la demande de l'Etat envahi, de prendre sur son propre territoire toutes les mesures en son pouvoir pour priver lesdites bandes de toute aide ou protec-

12 - *Responsability for the terrorist atrocities in the United States*, 4 October 2001, Rapport présenté par M. Blair comme fondant l'action militaire entreprise contre l'Afghanistan ; <http://www.pm.gov.uk/news.asp?NewsId=2686> et *Le Monde*, 9 octobre, p. 18 ; voy. en particulier le par. 13 du rapport. Voy. aussi *Responsability for the terrorist atrocities in the United States, 11 september 2001 - An updated account*, 14 november 2001, <http://www.number-10.gov.uk/default.asp?pageid=5322>.

13 - Le coordinateur du Département d'Etat américain pour le contre-terrorisme déclarait en 1999 que « Bin Laden's organization operates on its own, without having to depend on a state sponsor for material support », « *Contemporary Practice of the United States* », *A.J.I.L.*, 2000, p. 367.

14 - Voy. p. ex. le discours à la nation du Président Bush du 7 octobre 2001 (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/20011007-8.html>), le discours au Conseil de sécurité du représentant des Etats-Unis le 12 septembre 2001 (S/PV.4370, p. 8) ainsi que les propos de Colin Powell, notamment ceux reproduits dans *Le Monde* le 17 octobre 2001 et *Le Soir*, 9 novembre 2001, p. 9 et, tout particulièrement, l'interview donné à *Voice of America* le 23 octobre 2001 (<http://uspolicy.be/Issues/Terrorism/rums.102401>).

tion »¹⁵. Les discussions qui se sont déroulées au sein de l'ONU, et plus particulièrement du Comité constitué aux fins de définir l'agression, allaient affiner cette proposition pour, finalement, aboutir au texte de l'article 3 g) de la résolution 3314 précitée, qui vise

« L'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager de manière substantielle dans une telle action ».

La lecture de cette disposition montre que ce n'est qu'à des conditions très strictes que l'on pourra imputer à un Etat des actes d'agression qui auraient été perpétrés par des « forces irrégulières »¹⁶. Une première hypothèse est celle où un Etat « envoie » ce type de forces en vue de commettre une agression, ce qui n'apparaît que comme une illustration de la théorie de l'« organe de fait »¹⁷. La seconde hypothèse, celle de l'« engagement substantiel », est plus large¹⁸. Elle suppose toutefois que, premièrement, l'Etat en question ait eu connaissance de la future perpétration de l'acte d'agression, deuxièmement, il y ait lui-même participé et, troisièmement, son engagement puisse être qualifié de substantiel, ce qui exclut une participation incidente ou accessoire¹⁹. A *contrario*, le simple soutien ou la simple tolérance que son territoire soit utilisé en vue de commettre des actions armées, même s'il constitue indéniablement un acte illicite engageant la responsabilité de l'Etat, ne suffit pas à lui imputer un acte d'agression.

Cette distinction très nette entre un acte illicite de soutien non constitutif d'agression (mais bien d'intervention voire de recours à la force contraire au droit international) et un véritable acte d'agression est loin d'être due au hasard. Des discussions très vives ont eu lieu pendant plusieurs années entre

15 - Texte reproduit dans E. Aroneanu, *La définition de l'agression. Exposé objectif*, Paris, éditions int., 1958, pp. 281-282.

16 - P. Lamberti Zanardi, « Indirect Military Aggression » in A. Cassese (Ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, pp. 111-119; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 2^e éd., 1968, pp. 370 et ss.; A.M. Rifaat, *International Aggression*, Uppsala, Almqvist&Wiksell Int., 1979, p. 274.

17 - A. Cassese, « The international Community « legal » response to terrorism », *I.C.L.Q.*, 1989, p. 598.

18 - Voy. O. Schachter, « The lawful use of force by a State against terrorists in another country », *Israeli Yearbook on Human Rights*, 1989, vol. 19, pp. 216-219. Toutefois, L.A. Sicilianos estime que, à l'analyse, les conditions mises à l'existence d'un engagement substantiel sont interprétés tellement strictement par les Etats et la jurisprudence *Nicaragua*, que ce cas de figure apparaît finalement très théorique et ne se distingue pas fondamentalement de l'hypothèse de l'organe de fait (« L'invocation de la légitime défense face aux activités d'entités non-étatiques », *Hague Y.I.L.*, 1989, pp. 152-157).

19 - P. Lamberti Zanardi, « Indirect Military Aggression », *op. cit.*, p. 115; A. Randelzhofer, « Article 51 » in B. Simma (Ed.), *The Charter of the U.N. A Commentary*, Oxford Univ.Press, 1994, p. 674.

les Etats qui ont participé à l'élaboration de la définition de l'agression²⁰. Plusieurs Etats (parmi lesquels le Royaume-Uni et les Etats-Unis) ont à cette occasion défendu une conception large, en assimilant tout soutien à des terroristes à une agression ouvrant la voie à une action en légitime défense²¹. Leurs propositions, par ailleurs relayées avec le même insuccès au sein du Comité sur les relations amicales²², ont cependant été rejetées par la grande majorité des Etats, dont certains ne voulaient même pas entendre parler de l'hypothèse de l'« agression indirecte »²³. Les pays du sud, en particulier²⁴, craignaient une dérive guerrière dont ils seraient vraisemblablement les principales victimes et, tout en défendant une conception large de l'agression (qui irait jusqu'à inclure des actes de coercition économique, politique ou idéologique), tenaient à restreindre au maximum le concept d'« agression armée » qui, seul, est susceptible de créer une situation de légitime défense. L'alinéa g) de la définition de 1974 constitue un compromis qui représente le long aboutissement de débats au cours desquels ont été échangés, confrontés et pesés tous les arguments qui sont aujourd'hui avancés pour justifier la « guerre antiterroriste »²⁵. Et nous avons vu dans quel sens il tranchait la question.

C'est sans doute sur cette base que la Cour internationale de Justice a, dans l'affaire des *Activités militaires*, pu estimer que « l'accord apparaît aujourd'hui général sur la nature des actes pouvant être considérés comme constitutifs d'agression armée », pour ensuite affirmer que la définition contenue à l'article 3, g) de la résolution 3314 (XXIX) pouvait « être considérée comme l'expression du droit international coutumier ». La plus haute juridiction mondiale précise alors qu'elle « ne pense pas que la notion d'agression armée puisse recouvrir [...] une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre »²⁶.

20 - La discussion avait été engagée dès 1933 au sein de la S.d.N.; voy., outre l'ouvrage de B.B. Ferencz cité ci-dessous, A.M. Riffaaf, *International Aggression*, *op. cit.*, pp. 89 et ss.

21 - Voy. la proposition de six Etats occidentaux au sein du Comité spécial sur la définition de l'agression, reproduit dans B.B. Ferencz, *Defining International Aggression. A Documentary History and Analysis*, New York, Oceana Pub., 1975, vol. 2, pp. 481 et p. 504, ainsi que celle des Etats-Unis, p. 534.

22 - A/AC.119/L.8 et A/AC/L.13, cité dans A. Cassese, « article 51 » in *J.-P. Cot et A. Pellet (Eds.), op. cit.*, p. 783.

23 - Voy. le texte proposé par le groupe des 13, excluant toute légitime défense dans ce cas, reproduit in B.B. FERENCZ, *Defining International Aggression*, *op. cit.*, p. 481.

24 - Voy. aussi la position de l'URSS, reproduite in *ibid.*, pp. 481 et 506.

25 - On se reportera aux exposés détaillés du Comité spécial; *ibidem*, not. pp. 454 et ss., 489 et ss., 514 et ss., 550 et ss. Voy. M. Sahovic, « Non Aligned Countries and the Current Regulation on the Use of Force » in *The Current Regulation...*, *op. cit.*, pp. 479 et ss. et Hanna Bokor-Szegö, « The Attitude of Socialist States Towards the International Regulation of the Use of force », *ibid.*, pp. 453 et ss.; B. Ferencz, « Aggression », *E.P.I.L.*, vol. 3, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1982, p. 4.

26 - C.I.J., Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *Recueil* 1986, p. 104, par. 195.

« De même, elle indique que : si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un Etat sur le territoire d'un autre Etat, la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée. Néanmoins, de telles activités peuvent fort bien constituer un manquement au principe du non-emploi de la force ainsi qu'une intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, c'est-à-dire un comportement certes illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée »²⁷.

Dans un autre passage de l'arrêt, la Cour cite expressément plusieurs « modalités moins graves d'emploi de la force » que celles constitutives d'agression. Elle mentionne alors notamment l'infraction au principe selon lequel « [c]haque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y aider ou d'y participer, ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrés de tels actes [...] »²⁸.

Ces prises de position de principe seront très concrètement appliquées par la Cour aux circonstances particulières de l'affaire. La Cour écartera ainsi l'argument de légitime défense avancé par les Etats-Unis, qui prétendaient riposter à l'aide prétendument fournie par les autorités nicaraguayennes aux groupes irréguliers opérant au Salvador. La Cour estime en effet que, à le supposer avéré, ce soutien ne pourrait être assimilé à une véritable « agression armée », qui seule aurait été susceptible de légitimer un emploi de la force²⁹. Parallèlement, elle s'abstient de qualifier d'agression le soutien, pourtant particulièrement appuyé, des Etats-Unis aux *contras* nicaraguayens, alors même que ceux-ci se livraient à de multiples actes que l'on pourrait indéniablement qualifier de « terroristes » (assassinats de fonctionnaires ou de sympathisants sandinistes, destruction systématique des infrastructures militaires ou civiles, etc.)³⁰. Les milliers de victimes de ces agissements n'ont pas amené la Cour à qualifier le soutien des Etats-Unis autrement que d'interventions dans les affaires relevant de la compétence nationale du Nicaragua ou, pour certains de ses aspects, de recours illicite à la force³¹.

L'affaire des *Activités militaires* constitue donc un précédent montrant très clairement quelles sont les conditions auxquelles un soutien à des forces irrégulières se livrant à des activités terroristes peut être qualifié non seulement d'acte illicite (ce qui, répétons-le, ne fait aucun doute), mais aussi d'acte d'agression

27 - C.I.J., *Recueil 1986*, p. 127, par. 247.

28 - C.I.J., *Recueil 1986*, p. 101, par. 191.

29 - C.I.J., *Recueil 1986*, pp. 118 et ss., par. 227 et ss. En ce sens, les op. indiv. des juges Nagendra Singh (p. 154), Ruda (pp. 175-176); *contra*, op. diss. du juge Schwebel, sp. pp. 231 et ss.

30 - Voy. à ce sujet le manuel de la C.I.A. diffusé auprès des forces *contras* (version française du texte dans *Le manuel de la CIA. La politique d'intervention des Etats-Unis au Nicaragua*, Bruxelles, EPO, 1985, sp. p. 51).

31 - C.I.J., *Recueil 1986*, pp. 146-147, par. 3 et 4 du dispositif.

armée. Ce précédent juridictionnel peut d'ailleurs être complété par une prise en compte de la pratique des Etats face à des situations où l'on a invoqué la légitime défense pour justifier l'attaque d'un Etat qui aurait donné refuge à des « groupes terroristes »³². Le Conseil de sécurité lui-même a condamné ce type d'actions, en particulier lorsque l'Etat d'Israël a prétendu justifier par la légitime défense des actions militaires contre le Liban³³ ou la Tunisie³⁴, accusés d'héberger et d'appuyer des groupes « terroristes » palestiniens³⁵, ou lorsque l'Afrique du Sud et la Rhodésie du Sud ont mené, durant les années 70 et 80, une série d'opérations armées sur le territoire de plusieurs Etats, comme le Botswana, le Zimbabwe, la Zambie ou l'Angola, destinées à frapper des bases « terroristes », notamment de l'ANC ou de la SWAPO³⁶. Un examen des discussions ayant précédé l'adoption des résolutions du Conseil de sécurité condamnant les actions militaires de ces Etats confirme que l'argumentation aujourd'hui avancée pour justifier la guerre en Afghanistan a été rejetée³⁷, y compris par les Etats qui considéreraient eux aussi que des actes terroristes étaient planifiés et menés à partir des Etats visés³⁸. Dans le même sens, on relèvera que :

– le bombardement de la Libye par les Etats-unis, en réponse à un attentat commis à Berlin contre des intérêts américains, action entreprise au nom du « droit naturel de légitime défense »³⁹, a été condamné par l'Assemblée géné-

32 - A. Cassese, « Article 51 », *op. cit.*, pp. 781-782; Tel n'a pas été le cas pour certaines des interventions militaires d'Israël (voy. références ci-dessous; *contra* J. COMBACAU, « The Exception of Self-Defense in UN Practice » in *The Current Regulation...*, *op. cit.*, p. 23).

33 - Voy. not. les résolutions 508 et 509 (1982) condamnant l'opération « Paix en Galilée ».

34 - Voy. la résolution 573 (1985), qui a qualifié le raid israélien sur le Q.G. de l'OLP à Tunis « d'acte d'agression ».

35 - Voy. S. Regourd, « Raids "anti-terroristes" et développement récent des atteintes illicites au principe de non-intervention », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 83-87; S.A. Alexandrov, *Self-defense against the use of force in international law*, Kluwer, 1996, pp. 172-179. Pour une position défendant la licéité de la thèse israélienne, voy. Y. Dinstejn, *War, aggression and self-defence*, Cambridge University press, 2001, 3rd edition, pp. 213-219; du même auteur, « The international legal response to terrorism », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, vol. II, p. 146.

36 - A. Cassese, « Article 51 », *op. cit.*, pp. 780-782; S. Regourd, *op. cit.*, pp. 83-87; S. A. Alexandrov, *op. cit.*, p. 180. Les cas de la Zambie et de l'Angola sont à notre sens peu significatifs, dans la mesure où les débats n'ont pas véritablement porté sur l'argument de l'agression indirecte, mais plutôt sur le caractère illégitime des deux régimes concernés (voy. S/PV.2069, 16 mars 1978, S/PV.2171, 23 novembre 1979 ou S/PV.2078, 6 mai 1978).

37 - Voy. not., à propos des raids israéliens au Liban en 1975, S/PV.1860, 1861 et 1862, à propos des raids sud-africains, S/PV.1905, 1906, 1948, 2211, et à propos des raids rhodésiens, S/1985e séance, S/2069 et 2070e séance, S/2171e séance. Sur la portée de cette pratique, voy. A. Cassese, « article 51 », *op. cit.*, pp. 781-783; S. Regourd, *op. cit.*, pp. 83-87 et p. 97; S. A. Alexandrov, *op. cit.*, pp. 178-179. En sens inverse, voy. Y. Dinstejn, *War, Aggression and Self-Defense*, *op. cit.*, pp. 215 et ss.

38 - Voy. la position des Etats-Unis qui ont opposé leur veto à un projet de résolution condamnant Israël pour le bombardement de camps palestiniens au Liban en 1975, fondé sur l'absence de condamnation corrélative des actions terroristes (S/PV. 1862, p. 27). Pour une expression caractéristique de la position belge, voy. « La pratique belge », *R.B.D.I.*, 1974, p. 354.

39 - S/PV.2674, p. 15. Voy. L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défense*, Paris, LGDJ, 1990, p. 419.

rale des Nations Unies à une large majorité (79 voix contre 28 et 33 abstentions)⁴⁰ ;

– l'argument de légitime défense soulevé par les Etats-Unis pour justifier les attaques ciblées menées contre le Soudan et l'Afghanistan en 1998, dans le but officiel de riposter aux attentats de Dar Es Salam et de Nairobi⁴¹, ne semble pas avoir été admis par les autres Etats, y compris européens⁴² ;

– cet argument ne paraît pas plus avoir convaincu l'ensemble des Etats lorsqu'il s'est agi de justifier une expédition punitive contre l'Iraq, au motif que cet Etat aurait soutenu voire commandité une tentative d'assassinat contre l'ancien Président des Etats-Unis, G. Bush⁴³.

L'argument de la légitime défense pour repousser une agression indirecte n'a pas connu davantage de succès dans des précédents qui ont été caractérisés par des dizaines, voire des centaines de milliers de morts. La situation actuelle en République démocratique du Congo (R.D.C.) est à cet égard emblématique, dans la mesure où le Rwanda et l'Ouganda ont tous deux présenté leur occupation d'une partie du territoire congolais comme une riposte au soutien que les autorités congolaises auraient préalablement apporté à des forces irrégulières opérant sur leur territoire⁴⁴. On sait que cette argumentation n'a pas été retenue par le Conseil de sécurité qui a, au contraire, appelé au retrait

40 - Résolution 38/41 du 20 novembre 1986. Voy. également les résolutions de l'Organisation de la Conférence Islamique, regroupant 57 Etats: Rés. 21 mai « on the american aggression against the Jamahiriya », Fifth Islamic Summit Conference, 26-29 January 1987; Rés. n° 38/9 « on the right of the Great Socialist Peoples Libyan Arab Jamahiriya to receive reparations for losses resulting from U.S. aggression in 1986 », 12 au 12 novembre 2000 (<http://www.oic-oci.org>).

41 - « Letter dated 20 august 1998 from the permanent representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council », S/1998/780, http://www.un.int/usa/s1998_780.pdf.

42 - La Ligue des Etats arabes a condamné l'attaque du Soudan, de même que l'Organisation de la Conférence Islamique, qui regroupe 57 Etats (voy. res. n° 22/9 « on US attack on Al-Shifa pharmaceutical plant in Khartoum », 12 au 12 novembre 2000, <http://www.oic-oci.org>). Les Etats européens ont affirmé avoir de la « compréhension », sans approuver clairement les opérations, en tout cas sur le plan juridique. Voy. « Contemporary Practice of the United States », *A.J.I.L.*, 1999, pp. 164-165. Le Conseil de sécurité n'a ni condamné ni approuvé ces opérations (rés. 1193 du 28 août 1998).

43 - S/PV.3245, 27 juin 1993. Si cette opération a fait l'objet de peu de condamnations explicites (Chine, Iran), il paraît très délicat d'en inférer une approbation, sur le plan juridique, de la thèse de la légitime défense avancée par les Etats-Unis (voy. pourtant en sens inverse, L. Condorelli, « A propos de l'attaque américaine contre l'Irak du 26 juin 1993: Lettre d'un professeur désespéré aux lecteurs du JEDI », *J.E.D.I.*, 1994, vol. 5, pp. 134-144). Dans un cas qui, comme l'ont souligné de nombreux commentateurs, s'écartait à ce point des conditions traditionnelles de la légitime défense (L. Condorelli, *op. cit.*; S. A. Alexandrov, *op. cit.*, p. 188; R. C. Hendrickson, « Article 51 and the Clinton Presidency: military strikes and the U.N. Charter », www.eiu.edu/~polisci/hendrickson1.pdf, pp. 14-20), on ne saurait se satisfaire de prise de positions ambiguës (tant les réprobations par les Etats arabes que les approbations des Etats occidentaux se sont fondées sur des mobiles essentiellement politiques) ou de silences pour tenir comme établie une *opinio juris* précise des Etats.

44 - Voy. l'intervention du délégué ougandais au sein de l'Assemblée générale, 23 mars 1999, 95 th plenary meeting, A/53/PV.95, sp. p. 14. La RDC est accusée non seulement de soutenir des forces irrégulières mais aussi de les avoir intégrées dans la même structure militaire.

des troupes étrangères de la RDC, et expressément précisé que le Rwanda et l'Ouganda avaient violé la souveraineté et l'intégrité territoriale du Congo⁴⁵. Le précédent de la Bosnie-Herzégovine est plus délicat à interpréter. En dépit des rapports qui faisaient état d'une implication des Etats yougoslave et croate dans le conflit dans les premières années de son déclenchement, implication qui se traduisait notamment par un soutien accru à des forces irrégulières reconnues coupables d'actes criminels⁴⁶, le Conseil de sécurité s'est toujours refusé à qualifier l'action de ces deux Etats d'« agression armée »⁴⁷. L'Assemblée générale a quant à elle rappelé à plusieurs reprises le droit inhérent à la légitime défense de la République de Bosnie-Herzégovine, mais cette qualification ne semble pas avoir été fondée sur des accusations visant le seul soutien des autorités yougoslaves aux forces serbes irrégulières de la *Republika Srpska*⁴⁸. C'est plutôt la participation directe d'organes de l'Etat yougoslave qui paraît avoir été dénoncée comme constitutive d'un acte d'agression.

Au-delà de la diversité des situations de fait qui caractérisent ces précédents⁴⁹, une conclusion juridique s'impose : jamais une instance de l'ONU n'a retenu l'argument de la légitime défense lorsque celui-ci a été utilisé pour justifier une riposte à une prétendue agression armée indirecte constituée par un simple soutien à des forces irrégulières⁵⁰. Les Etats ont toujours semblé au contraire observer la plus extrême réserve dans ce type de situation⁵¹. On a parfois cité en sens inverse l'exemple de l'intervention militaire soviétique en Afghanistan, qui aurait été justifiée par la lutte contre des infiltrations indirectes en territoire afghan à partir de certains Etats voisins⁵². Pourtant, à l'analyse, il s'avère bien difficile d'identifier clairement la position juridique de l'Union soviétique dans la mesure où, si l'aide à des forces irrégulières en provenance de l'étranger est bien qualifiée d'agression justifiant la légitime

45 - Résolutions 1304 du 16 juin 2000 et, plus implicitement, 1234 du 9 avril 1999. L'ensemble des discussions ayant précédé l'adoption de ces résolutions n'ont pas été consignées dans des procès-verbaux. La C.I.J. a, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 1^{er} juillet 2000, demandé aux parties de respecter la résolution 1304.

46 - *Sixième Rapport périodique soumis en application du paragraphe 32 de la résolution 1993/7 de la Commission des droits de l'homme en date du 23 février 1993*, E/CN.4/1994/110, 21 février 1994, not. p. 27, par. 117.

47 - Voy. not. les résolutions 479 du 7 avril 1992, 752 du 15 mai 1992, 757 du 30 mai 1992, 762 du 29 juin 1992, 770 du 13 août 1992, 781 du 31 mars 1993, 836 du 3 juin 1993.

48 - Voy. not. les résolutions 46/242 du 31 juillet 1992, 47/121 du 18 décembre 1992, 48/88 du 20 décembre 1993, 49/10 du 3 novembre 1994.

49 - Voy. encore d'autres précédents intéressants dans A.M. RIFAAT, *International Aggression*, op. cit., pp. 217 et ss. et B. ASRAT, *Prohibition of Force Under the UN Charter. A Study of Article 2(4)*, Uppsala, Iustus Forlag, 1991, pp. 161 et ss.

50 - Voy. D. SIMON et L.-A. Sicilianos, « La "contre-violence" unilatérale. Pratiques étatiques et droit international », *A.F.D.I.*, 1986, pp. 61 et s.

51 - P. Lamberti Zanardi, « Indirect Military Aggression », op. cit., p. 113.

52 - A. Cassese, « Article 51 », op. cit., par. 10 et, du même auteur, « Return to Westphalia? Considerations on the Gradual Erosion of the Charter System » in *The Current Regulation*, op. cit., p. 515; A. Ranzelzofer, « Article 51 », op. cit., p. 673.

défense, c'est avant tout le consentement du gouvernement sur le territoire duquel l'action militaire a lieu qui est invoquée, le tout en exécution d'un traité soviéto-afghan conclu en 1978⁵³. L'URSS n'a donc pas prétendu pouvoir s'attaquer à un Etat qui soutenait des groupes irréguliers subversifs, mais bien aider un Etat qui aurait été victime de ces groupes et qui lui aurait formulé une demande à cette fin, sur la base d'un traité prévoyant cette possibilité. En tout état de cause, on relèvera qu'il est bien difficile de déduire de cette « argumentation juridique » isolée et de circonstance une *opinio juris*, en particulier dans la mesure où Moscou s'est, en d'autres occasions, toujours prononcé en sens inverse⁵⁴. Par ailleurs, il est clair que, quelle que soit la manière dont on l'interprète, l'argument soviétique a résolument été écarté par la grande majorité des Etats membres de l'ONU, qui ont au demeurant surtout insisté sur l'inexistence d'un consentement juridiquement valide de l'Afghanistan⁵⁵.

En définitive, la pratique est donc loin de remettre en cause le texte clair de la définition juridique de l'agression élaborée au sein de l'Assemblée générale de l'ONU, texte dont le sens a été illustré par la Cour internationale de Justice dans une affaire de principe qui garde toute sa pertinence aujourd'hui.

A cet égard, on ne saurait arguer de la circonstance que les Etats-Unis ont régulièrement tenté de se soustraire aux conséquences de cette définition depuis de très nombreuses années. Tout d'abord, la position des Etats-Unis est loin d'avoir été constante, que ce soit dans un sens ou dans l'autre. Si certains précédents ont donné lieu à une interprétation extrêmement large du concept de légitime défense⁵⁶, d'autres ont plutôt renforcé la conception restrictive inscrite à l'alinéa g) de la définition de 1974⁵⁷. La position des Etats-Unis au sujet de cette résolution a elle aussi été marquée par une certaine ambiguïté⁵⁸. Tout en estimant que la définition de l'Assemblée générale ne liait en rien le pou-

53 - S/PV.2185, 5 janvier 1980, pp. 1-7; voy. aussi la position du délégué de la R.D.A. (p. 13) et de l'Afghanistan qui reprennent la même argumentation (pp. 37-47). La position soviétique est plus détaillée à la séance suivante, S/PV.2186, 5 janvier 1980, pp. 6 et ss. Le délégué bulgare s'y réfère à l'article 3 de la résolution 3314, en considérant qu'« un pays voisin de l'Afghanistan » a formé, équipé des troupes irrégulières qu'il a « renvoyées » en territoire afghan, ce qui montre bien que, si l'on suit l'argumentation, il y aurait eu plus qu'un simple soutien (pp. 43-45); voy. aussi la position du délégué polonais (p. 66), ainsi que les positions ultérieures des Etats dans S/PV 2187 à S/PV 2190.

54 - Comme le relève, citations à l'appui, le délégué égyptien (S/PV.2185, 5 janvier 1980, pp. 56 et ss.).

55 - Voy. par ex. les positions chinoise, britannique et cambodgienne (S/PV.2186, 5 janvier 1980, resp. pp. 22-23, 31 et 52). Voy. aussi les condamnations de l'A.G.N.U., not. rés. 40/12 du 13 nov. 1984.

56 - Cas de la Libye ou du Soudan rappelés ci-dessus; voy. la position nord-américaine dans « Contemporary Practice of the United States », *A.J.I.L.*, 1999, pp. 161 et ss.

57 Cas des condamnations de l'Etat d'Israël dans les circonstances décrites plus haut. Bien entendu, ces condamnations elles-mêmes peuvent prêter à interprétation; v. p. ex. R. Bermejo Garcia, « Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el derecho internacional », *An.D.I.*, 1999, pp. 14 et ss.

58 - Pour la position récente des Etats-Unis, déniaient tout caractère coutumier à la résolution 3314, voy. « Statement on crime of aggression before the ICC preparatory commission », US Dep't of State, 6 december 2000, reproduit dans « Contemporary Practice of the United States », *A.J.I.L.*, 2001, pp. 400-401.

voir que le Conseil de sécurité tire de l'article 39 de la Charte, les représentants américains n'ont pas véritablement dénié toute force juridique à un texte qui, rappelons-le encore, représente un compromis qui est le fruit de nombreuses années de négociations⁵⁹. En tout état de cause, et à supposer même que les Etats-Unis ne soient pas directement liés par la définition adoptée en 1974, on ne voit pas en vertu de quel principe leur objection persistante pourrait être opposée à la grande majorité des Etats, parmi lesquels on peut certainement compter l'Afghanistan ainsi que les autres cibles réelles ou potentielles de la nouvelle « guerre antiterroriste », qui ont clairement affirmé la valeur juridique de la règle reproduite à l'alinéa g)⁶⁰. Il ne faut pas oublier que, en vertu d'un principe général très largement admis (en particulier par les Etats-Unis), les restrictions à la souveraineté ne se présument pas. Et, en matière de recours à la force, c'est bien l'interdiction qui représente le principe et la légitime défense l'exception. Bien plus, on remarquera que la légitime défense a été considérée non comme un élément de la règle mais comme une circonstance excluant l'illicéité⁶¹, ce qui montre bien que, comme toutes les autres circonstances de ce type, c'est l'interprétation la plus restrictive qui s'impose en cas de doute. La Cour internationale de Justice a donc eu très certainement raison de considérer que l'article 3 alinéa g) de la définition exprimait une règle générale de droit coutumier⁶², dans une affaire à laquelle étaient partie, il faut le souligner, les Etats-Unis, et ce en dépit de certaines réticences dont cette disposition a pu faire l'objet.

Un autre argument doit être rencontré en vue de confirmer l'applicabilité de ce texte. Aussi curieux que cela puisse paraître, on a parfois entendu que le droit international existant ne pouvait s'appliquer en raison du caractère profondément original et novateur des attentats du 11 septembre 2001; c'est face à cette lacune des règles juridiques traditionnelles que l'on a cru pouvoir affirmer la légalité de la guerre antiterroriste. Il est évident que les Etats n'ont pu en 1974 prévoir ce qui se produirait le 11 septembre 2001 ou le 7 octobre suivant. La question juridique ne consiste cependant pas à se demander si les faits

59 - Le représentant des Etats-Unis précise explicitement que sa délégation ne voit « aucune raison juridique de s'opposer à l'inclusion de l'un quelconque des alinéas de l'article 3 » (A/C.6/SR.1480, par. 71, p. 98). Les Etats-Unis n'ont par ailleurs pas réagi, lors de l'adoption de la définition de l'agression par le Comité spécial, aux observations du délégué mexicain qui a clairement précisé que l'art. 3g) ne pouvait être utilisé pour invoquer la légitime défense de manière extensive (*Report of Special Committee on the question of defining aggression*, 11 mar.-12 apr., 29th session, supp. n° 19, A/9619, annex I, « Views expressed by members of the Special Committee at the concluding stage of the Special Committee's session », p. 39, doc. reproduit in B. B. Ferencz, *op. cit.*, p. 594). On remarquera par exemple que le juge Schwebel ne soulève pas cet argument dans son opinion dissidente à l'arrêt *Nicaragua*; il semble au contraire estimer que l'article 3g) de la résolution 3314 reflète le droit coutumier (voy. C.I.J., *Recueil* 1986, pp. 341 et ss.)

60 - Voy. la position des Etats non-alignés, et les références reproduites ci-dessus, notes 21 et 23.

61 - Projet d'article sur la responsabilité des Etats, août 2001, A.G., Doc. off., 56^e sess., Supp. n° 10 (A/56/10), article 21.

62 - A. Cassese, « Article 51 », *op. cit.*, p. 783.

ont été envisagés (aucun législateur ne peut prétendre le faire), mais à vérifier si des catégories juridiques pertinentes ont été établies. Sur ce point, on a vu que le cas de figure de l'aide par un Etat à des groupes terroristes a été envisagé depuis fort longtemps. Plus précisément, le critère de la gravité des actes criminels ressort explicitement de l'alinéa g) de l'article 3 précité, ce qui montre bien que l'on a envisagé des actions terroristes assimilables à des attaques armées menées par des armées régulières. En l'occurrence, ce critère ne pose pas de problème particulier mais, comme on l'a signalé en commençant, c'est plutôt la question de l'imputation à un Etat qui doit être résolue. Ici encore, la définition de 1974 envisage très clairement les critères à prendre en compte à cet effet. Ce sont donc ces critères qui doivent être appliqués, même à une situation précise par définition imprévue au moment de leur élaboration. Si on estime que ces critères sont devenus inadaptés, rien n'empêche de les modifier (avec l'accord des membres de la communauté internationale des Etats dans son ensemble) mais, entretemps, le droit existant s'applique tel quel, comme le Conseil de sécurité semble d'ailleurs l'avoir considéré dans les résolutions qu'il a adoptées dans le cadre de cette crise⁶³. En tout état de cause, à supposer même que cette lacune visiblement construite pour la circonstance s'avérait réelle, on voit une fois encore mal au nom de quoi on pourrait la combler en élargissant l'exception (la légitime défense), et ce au détriment de la règle (l'interdiction du recours à la force).

Enfin, on ne pourrait pas plus contourner les critères juridiques établis dans l'article 3 alinéa g) de la résolution 3314 en considérant que les auteurs des attentats n'étaient rien d'autre que des organes de fait de l'Afghanistan, de sorte que l'on pourrait appliquer tous les aspects de la résolution qui se réfèrent à des relations interétatiques traditionnelles⁶⁴. L'alinéa g) vise l'ensemble des cas où l'on se trouve en présence de forces irrégulières, et non d'organes officiels de l'Etat. Tous les débats ayant précédé son adoption le confirment, de même que l'arrêt des *Activités militaires* précité. C'est cette disposition qui, en tant que *lex specialis*, doit servir de base à l'évaluation de la situation, les règles générales de la responsabilité internationale n'intervenant qu'à titre subsidiaire ou complémentaire, mais en aucun cas pour remettre en cause les enseignements qui viennent d'être tirés. On constatera d'ailleurs dans les lignes qui suivent que ces règles ne font que confirmer nos conclusions : tel qu'il a été présenté, l'argument de la légitime défense est difficilement conciliable avec le droit international tel qu'il existait au moment où les faits se sont produits.

63 - Voy. la référence à la résolution 2625 (XXV) dans la résolution 1373 du Conseil de sécurité du 22 septembre 2001.

64 - Telle semble être une option ouverte par G. GAJA, « In What Sense was There an 'Armed Attack' ? », *E.J.I.L.*, [HTTPwww.EJIL.org/forum_WTC/ny-gaja.html](http://www.EJIL.org/forum_WTC/ny-gaja.html).

B. Une interprétation abusive des principes généraux du droit de la responsabilité régissant l'imputation d'un fait illicite

Pourrait-on faire appel aux principes généraux du droit de la responsabilité internationale qui, par hypothèse, seraient plus souples sur la question de l'imputation, pour atténuer voire remettre en cause les exigences particulièrement strictes que nous avons pu déduire des règles spécifiques relatives à l'interdiction du recours à la force ?⁶⁵ On partira fort logiquement de l'article 8 du projet adopté en août 2001 par la Commission du droit international, qui vise directement l'hypothèse de l'attribution à un Etat d'actes de personnes privées. Selon cette disposition, intitulée « Comportement sous la direction ou le contrôle de l'Etat »,

« Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet Etat »⁶⁶.

Le texte montre bien toute la rigueur qui s'impose au moment de vouloir attribuer à un Etat les actes d'un groupe non-étatique. Il ne suffit pas d'un contrôle général et diffus sur ce groupe pour attribuer à l'Etat chacun des comportements de ce dernier. Comme le confirme la Commission, « ce comportement ne peut être attribué à l'Etat que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération »⁶⁷. Si l'on applique cette méthode au cas qui nous occupe, il faudrait une fois encore démontrer que les Taliban ont eux-mêmes dirigés ou contrôlé l'opération du 11 septembre; on ne saurait se contenter d'un soutien ou d'une tolérance plus large.

La rigueur de la solution de la Commission est d'autant plus remarquable qu'elle fait suite à une hésitation qui a marqué pour un temps ses travaux à ce sujet. L'article 8 était en effet rédigé antérieurement de manière plus générale, et pouvait sembler recouvrir l'attribution d'un fait à un Etat par le biais d'une simple tolérance de l'activité de groupes irréguliers⁶⁸. En tant que nouveau rapporteur spécial, James Crawford a mis l'accent sur cette ambiguïté, et a insisté sur la nécessité de la lever, dans un sens ou dans l'autre⁶⁹. C'est donc

65 - Les responsables des Etats-Unis n'ont pas directement fait leur cette argumentation, puisqu'ils se sont essentiellement référés à l'article 51 de la Charte; certains auteurs semblent néanmoins s'engager dans cette voie (v. le forum de l'EJIL, précité).

66 - Rapport de la C.D.I., août 2001, 53^e sess., *op. cit.*

67 - *Ibid.*, Commentaire de l'art. 8, par. 3; nous soulignons.

68 - Le passage pertinent de l'ancien art. 8 prévoyait très généralement que le fait pouvait être considéré comme le fait de l'Etat s'« il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de l'Etat » (A.C.D.I., 1974, II, 1^{re} partie, p. 294).

69 - *Premier rapport sur la responsabilité des Etats*, A/CN.4/490/Add.4, 26 mai 1998, pp. 18-19, par. 200 et p. 24, par. 215.

en toute connaissance de cause que, après que le projet ait fait l'objet de nouvelles observations de la part des gouvernements, et ait été encore discuté au sein de la Commission, le texte actuel a été rédigé, lors de la dernière phase de l'élaboration du projet⁷⁰. Le critère des instructions, des directives ou du contrôle qui doivent porter sur le comportement spécifique a donc fait l'objet d'un examen attentif, et peut dès lors être considéré comme le résultat d'un choix délibéré⁷¹.

Ce choix est au demeurant explicitement fondé sur la pratique des Etats, mais aussi sur l'affaire des *Activités militaires*, mais cette fois dans sa partie spécifiquement consacrée à l'attribution aux Etats-Unis des violations des droits de la personne commises par les *contras*. La Commission cite le passage dans lequel la Cour constate que, en dépit d'une participation des Etats-Unis à certaines activités de ces forces,

« Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires au droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres des forces contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »⁷².

Cet extrait ne concerne pas l'attribution à un Etat d'un acte d'agression mais, si on le transpose à ce domaine particulier, on aboutit à la même conclusion que celle tirée de l'interprétation de l'article 3 alinéa g) dégagée par la Cour. Dans les deux cas, il faut démontrer une participation substantielle de l'Etat concerné aux actes illicites que l'on cherche à lui imputer. Un contrôle général, même aussi étendu que celui que l'administration Reagan exerçait sur les forces antisandinistes, ne satisfait pas aux critères juridiques d'imputation.

En ce sens, l'argumentation récemment avancée pour justifier la guerre contre l'Afghanistan ne peut se fonder ni sur les règles spécifiques définissant l'agression, ni sur celles, plus générales, relatives à la responsabilité de l'Etat. A moins de considérer que, pour ce qui concerne ce dernier point en tout cas, la jurisprudence de l'arrêt *Nicaragua* serait dépassée par celle du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.), et en particulier par l'arrêt rendu en appel dans l'affaire *Tadic (fond)*⁷³. Dans cet arrêt, rendu le 15 juillet

70 - Voy. encore un texte de l'article 8 moins précis que le texte finalement adopté dans C.D.I., août 1998, A/CN4/L.569.

71 - Voy. C. Kress, « L'organe *de facto* en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 2001/1, pp. 93 et ss.

72 - C.I.J., Affaire des *Activités militaires...*, *Recueil 1986*, p. 65, par. 115.

73 - Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3^e éd., *op. cit.*, pp. 81 et ss.

1999, le Tribunal estime en effet que le contrôle général opéré par les autorités de la R.F.Y. sur les forces serbes en Bosnie-Herzégovine suffit à internationaliser le conflit, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'imputation de comportements particuliers⁷⁴. La Chambre d'appel réforme sur ce point le jugement rendu en première instance, et affirme explicitement que le critère énoncé par la C.I.J. « ne semble pas convaincant » [*sic*]⁷⁵. Cette décision n'est cependant pas de nature à modifier nos conclusions, et ce pour trois raisons. Premièrement, le raisonnement du tribunal est en lui-même pour le moins ambigu. Le T.P.I.Y. se réfère aux principes généraux de la responsabilité internationale, sans chercher à imputer un acte illicite à un Etat, ce que son Statut lui interdirait de faire. En l'espèce, il ne s'agissait que de se prononcer sur la qualification du conflit, ce qu'il pouvait parfaitement réaliser en se référant aux extraits appropriés de l'arrêt *Nicaragua*, non pas ceux qui concernent l'imputation des actes des *contras* aux Etats-Unis, mais ceux qui affirment sans ambiguïté que le soutien aux *contras* avait entraîné une rupture de la paix, et donc un conflit armé international⁷⁶. On éprouve beaucoup de difficultés à déceler la logique juridique du T.P.I.Y., sauf à considérer qu'il a cherché à imputer de manière incidente des actes, qualifiés par ailleurs de génocide, à l'Etat yougoslave. En tout état de cause, l'arrêt *Tadic* ne se prononce en rien sur la notion d'agression, et ne cite même pas la résolution 3314, ni *a fortiori* son article 3 alinéa g). L'application de ses conclusions à la situation actuelle n'est donc pas pertinente, sauf pour confirmer que le soutien à des forces irrégulières constitue une violation de l'interdiction du recours à la force ce qui, on l'a vu, n'implique pas une qualification d'agression. Deuxièmement, à supposer même que l'on souhaite transposer les conclusions de cette décision, il n'est pas évident d'assimiler le soutien du régime des Taliban à Al-Qaeda à celui apporté un temps par l'Etat yougoslave aux forces serbes en Bosnie-Herzégovine⁷⁷. Dans ce dernier cas, comme on l'a signalé à partir des résolutions adoptées à ce sujet par l'Assemblée générale, les autorités yougoslaves étaient considérées comme directement impliquées dans le commandement des forces irrégulières, ce qui n'est pas affirmé comme tel dans les résolutions adoptées au sujet de l'Afghanistan⁷⁸. Troisièmement, et peut-être surtout, il faut relever que l'arrêt *Tadic* ne semble pas avoir convaincu la Commission du droit international. Après avoir relevé que la majorité des juges de la Chambre d'appel du T.P.I.Y. avait « jugé nécessaire » de rejeter l'approche de la C.I.J., la Commission réaf-

74 - T.P.I.Y., CA, Aff. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 83 et ss.

75 - T.P.I.Y., CA, Aff. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, titre (ii) précédant le par. 115 de l'arrêt; le Tribunal de première instance avait en revanche repris à son compte la jurisprudence de l'arrêt *Nicaragua*; arrêt du 7 mai 1997, IT-94-1-T, par. 585 et ss.

76 - Voy. en ce sens l'opinion individuelle du Juge Shahabuddeen jointe à l'arrêt, par. 7 et ss.

77 - Voy. les par. 146 et ss. de l'arrêt précité de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic*.

78 - Voy. Résolution 1378 du 14 novembre 2001; Résolution 1333 du 19 décembre 2000; Résolution 1267 du 15 octobre 1999; Résolution 1214 du 8 décembre 1998.

firme clairement la pertinence de cette dernière, en renvoyant à la nécessité de démontrer un contrôle au cas par cas pour déterminer si « tel ou tel comportement précis » est imputable à un Etat⁷⁹.

Un autre élément de réflexion renvoie aux particularités des relations entre le régime des Talibans et l'organisation d'Al-Qaeda. D'abord, on peut se demander si, vu l'étroitesse de ces liens, les Taliban n'auraient pas endossé les attentats du 11 septembre, un peu comme les autorités iraniennes avaient endossé le comportement des « militants » dans l'affaire des *Otages*⁸⁰. Le raisonnement se heurterait d'emblée à un problème de fait, aucune déclaration du régime Taliban en ce sens n'ayant été invoquée au moment du déclenchement des bombardements. Plus fondamentalement, un problème juridique se poserait également, dans la mesure où la Cour a bien précisé que l'approbation postérieure par les autorités officielles d'actes commis par des personnes privées n'agissant pas pour le compte de l'Etat au moment des faits n'était pas suffisante pour imputer ces actes à cet Etat⁸¹. Dans le cas de l'affaire des *Otages*, seule la *poursuite* de l'occupation de l'ambassade américaine et de la détention de son personnel a été attribuée à l'Iran ; celui-ci n'a en revanche pas été reconnu responsable du *déclenchement* de ces actions⁸². Transposés au cas spécifique de l'agression, ces principes ne pourraient dès lors impliquer l'attribution *ex-post facto* à un Etat de l'acte initial et instantané d'agression (par hypothèse constitué par les attentats du 11 septembre) commis par des groupes privés agissant de manière indépendante au moment des faits. De toute façon, et encore une fois, les règles juridiques relatives à l'agression constituent une *lex specialis* réfractaire à la transposition mécanique de tous les principes généraux régissant d'autres domaines de la responsabilité internationale, et aucun élément de la résolution 3314 ne renvoie, de près ou de loin, à une hypothèse comme celle de l'endossement⁸³.

On peut cependant s'interroger, au-delà de l'attribution spécifique des attentats, sur le statut du régime des Taliban. Une première option – qui semble la moins vraisemblable – est de considérer que c'est ce régime qui, dans l'en-

79 - Rapport de la C.D.I., août 2001, 53^e sess., *op. cit.*, Comm. de l'art. 8, par. 5

80 - A. Cassese, « Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law », *European Journal of International Law*, [HTTP://www.EJIL.org/forum_WTC/ny-cassese.html](http://www.EJIL.org/forum_WTC/ny-cassese.html)

81 - La Cour a énoncé que « des félicitations venues après coup, comme celles que l'ayatollah Khomeini semble avoir faites par téléphone le soir même de l'attaque, et d'autres déclarations ultérieures d'approbation officielle, si elles revêtent une grande importance dans un autre contexte qui sera examiné ci-après, ne modifient pas le caractère initialement indépendant et non officiel de l'attaque de l'ambassade par les militants » (C.I.J., Affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, *Recueil 1980*, p. 30, par. 57. Voy. L. Condorelli, *op. cit.*, pp. 239-240.

82 - *Ibidem*, p. 35, par. 74.

83 - On imagine mal en effet qu'un Etat A agisse en « légitime défense » contre un Etat B alors que celui-ci ne s'est pas rendu coupable d'agression armée au moment des faits, mais a accepté ultérieurement d'endosser la responsabilité d'actions militaires menées par des personnes privées, ce qui aurait pour effet de lui imputer rétroactivement une agression armée et en même temps de légaliser *a posteriori* la réaction armée de l'Etat A.

semble, contrôlait l'organisation Al-Qaeda. On est dans ce cas renvoyé aux règles énoncées ci-dessus, ce contrôle ne suffisant pas à une qualification d'agression. Une seconde est de considérer à l'inverse que ce sont les Taliban qui ont été contrôlés par Al-Qaeda⁸⁴ (ou encore qu'aucun des deux groupes ne contrôlait véritablement l'autre). C'est alors le statut de cette organisation comme sujet de droit international qui pose question : le concept d'« insurgé » ne semblant pas applicable, seules les responsabilités individuelles permettraient alors de mettre en œuvre les sanctions des crimes internationaux perpétrés par ses membres⁸⁵. En revanche, le régime des Taliban ne pourrait en aucun cas se voir attribuer un quelconque acte d'une organisation qu'il ne contrôle pas, qu'il s'agisse ou non des attentats du 11 septembre.

Ces dernières réflexions pourraient mener à l'hypothèse « postmoderne » de vide du pouvoir étatique, aucune autorité n'étant titulaire de la souveraineté de l'Etat afghan. Dans cette perspective, on considérerait que le régime des Taliban a été imposé de l'extérieur, en provenance d'Etats comme le Pakistan, l'organisation Al-Qaeda constituant à cet égard une sorte de relais. Sur le plan juridique, on pourrait alors estimer illégitime le gouvernement de fait des Taliban, ce qui expliquerait la volonté presque unanime de ne pas reconnaître un gouvernement en fait largement dépendant de puissances étrangères. Cela ne signifie pas que l'Alliance du nord soit considérée comme le gouvernement légitime, comme l'ont montré les discussions qui ont suivi la chute de Kaboul et les Accords de Bonn établissant un nouveau gouvernement provisoire. L'Etat afghan aurait en quelque sorte subsisté, comme en atteste le maintien de sa représentation à l'ONU et la référence à cet Etat dans les résolutions du Conseil de sécurité. Mais cet Etat n'aurait pas été représenté par un gouvernement politiquement et juridiquement responsable. Si l'on suit le raisonnement, il est évident que l'argument de la légitime défense perdrait toute pertinence. On ne pourrait considérer l'Etat afghan comme responsable alors qu'il n'est plus représenté par un gouvernement propre. La situation s'apparenterait alors à celle qui a prévalu en Somalie, lorsque l'état d'anarchie dans lequel a plongé le pays a mené certains à évoquer une disparition de l'Etat⁸⁶. L'ONU a quant à elle estimé que l'Etat subsistait, de même que sa souveraineté et son inté-

84 - Il faut souligner que telle ne semble pas avoir été la vision des Etats-Unis et du Conseil de sécurité, qui ont persisté à s'adresser au régime des Taliban, pour le mettre en demeure de livrer Oussama Ben Laden et de cesser tout soutien aux réseaux terroristes.

85 - G. Gaja, « In What Sense was There an 'Armed Attack' ? », *op. cit.*

86 - Voy. J. Charpentier, « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines » in SFDI, *L'Etat souverain à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Paris, Pedone, 1994, pp. 24-33 ; J.-M. Sorel, « La Somalie et les Nations Unies », *A.F.D.I.*, 1992, pp. 72, 75 et 78. A propos du Tchad, voy. encore A. Pellet, « The role of the inter-african peace-keeping force in Chad, 1981-1982 », in *The Current legal regulation of force*, *op. cit.*, pp. 167 et ss.

grité territoriale⁸⁷. Les Etats qui ont souhaité mener une intervention militaire ne se sont dès lors pas estimés habilités à agir unilatéralement, mais ont demandé et obtenu une autorisation du Conseil de sécurité⁸⁸. C'est bien le même schéma qui devrait alors être appliqué dans le cas de la situation actuelle. A la différence près qu'aucune résolution similaire à la 794 (1992) relative à la Somalie n'a été adoptée en l'occurrence.

En définitive, il nous semble que, quelle que soit la manière dont on pose le problème, une même solution s'impose. Au-delà de la survenance de nouveaux éléments de fait qui seront amenés à compléter ce dossier, l'argumentation avancée au moment de lancer la guerre antiterroriste s'avère incompatible avec les règles existantes du droit international. Celui-ci définit l'agression armée de manière précise, et cette définition, pas plus que les règles générales régissant la responsabilité des Etats, ne permet en l'occurrence de parler de « légitime défense ».

II – UN CONTOURNEMENT ABUSIF DE L'EXIGENCE DU CARACTERE NECESSAIRE ET PROPORTIONNE DE LA RIPOSTE

Comme la C.I.J. l'a expressément reconnu, une « légitime défense » suppose non seulement qu'il existe une agression armée préalable, mais aussi que l'on soit en présence d'une riposte engagée pour y mettre fin, riposte qui doit, pour reprendre les termes de la Cour, être « nécessaire et proportionnée »⁸⁹. Dans le cas de la « guerre antiterroriste », les arguments officiels ne se sont que peu attachés à démontrer le respect de ces conditions. A l'analyse, on peut considérer qu'elles ont été abusivement contournées, que l'on envisage la question en se concentrant sur les buts officiels de cette guerre (A) ou en évaluant le caractère nécessaire et proportionné des moyens engagés (B).

87 - O. Corten et P. Klein, « L'autorisation de recourir à la force à des fins humanitaires : droit d'ingérence ou retour aux sources ? », *E.J.I.L.*, 1993, pp. 519 et ss.

88 - *Ibidem*; voy. la rés. 794 du 3 décembre 1992.

89 - C.I.J., *Affaire des Activités militaires...*, *Recueil 1986*, p. 94, par. 176; *Affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Recueil 1996*, p. 245, par. 41. Ces deux conditions sont traditionnellement reprises par les Etats (voy. la position des Etats-Unis à l'occasion des frappes contre le Soudan, « Letter dated 20 august 1998 from the permanent representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council », S/1998/780, http://www.un.int/usa/s1998_780.pdf) et la doctrine (voy. not. O. Schachter « The lawful use of force by a State against terrorists in another country », *Israeli Yearbook on Human Rights*, 1989, vol. 19, pp. 219-220; Y. Dinstein, *op. cit.*, pp. 207-208; J. G. GARDAM, « Proportionality and force in international law », *A.J.I.L.*, 1993, pp. 391 et ss.).

A. Un contournement abusif de l'exigence du but limité de la riposte

Comme son nom l'indique, la légitime défense est avant tout conçue comme la riposte à une agression armée. Il doit donc s'agir d'une défense, et non d'une opération à vocation offensive: « le but que le comportement en question doit se fixer, sa raison d'être même, est obligatoirement de repousser une agression et d'empêcher sa réussite, et rien d'autre »⁹⁰. Dans le même sens, et même si cet élément fait l'objet de certaines objections doctrinales, il nous semble logique de considérer que la riposte ne peut viser qu'une agression qui a déjà eu lieu, et non prévenir des agressions futures qui sont par essence éventuelles, et donc incertaines⁹¹.

Il ne semble pas que, dans le chef des responsables nord-américains qui ont exposé la logique de la guerre, ces conditions aient véritablement été prises en compte. A la lecture des nombreuses déclarations émises à ce sujet, on peut ainsi dénombrer les buts de guerre suivants:

- faire « payer le prix » aux Taliban qui n'ont pas voulu répondre aux exigences américaines⁹²;
- détruire les infrastructures du régime des Taliban et les camps des groupes terroristes, en Afghanistan mais aussi ailleurs, ce qui pourrait impliquer cinquante ou soixante pays⁹³;
- obliger les Taliban à livrer Oussama Ben Laden à la justice des Etats-Unis ou le capturer, « mort ou vif »⁹⁴ ;
- empêcher que de nouveaux attentats terroristes ne soient commis⁹⁵; « the best defence against terrorism is a strong offensive against terrorists »⁹⁶.
- défendre la liberté du peuple américain comme de tous les peuples du monde⁹⁷;

90 - R. Ago, Additif au 8^e rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/318/Add. 5 à 7, A.C.D.I. 1980, II, 1^{re} partie, p. 67, par. 119.

91 - La doctrine de la légitime défense préventive a rencontré l'opposition d'une large majorité d'Etats et d'auteurs de doctrine et n'a trouvé sa consécration dans aucun précédent postérieur à l'adoption de la Charte des Nations Unies. Voy. A. Cassese, « Article 51 », *op. cit.*, pp. 778 et s.; A. Randelzhofer, « Article 51 », in *The Charter of the United Nations. A Commentary*, *op. cit.*, pp. 675-676; J. Combacau, *op. cit.*, pp. 24-25; I. Brownlie, *op. cit.*, pp. 275-278; F. Capotorti, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1994, vol. 248, p. 261.

92 - *President Bush, Presidential Address to the Nation*, October 7, 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/20011007-8.html>.

93 - Déclarations du Président Bush du 20 octobre (<http://usinfo.state.gov/topical/pol/terror/01102003.htm>) et de M. Rumsfeld reproduite dans *Le Monde*, 17 oct. 2001, pp. 1 et 17 ainsi que celles du 24 octobre 2001, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/rums.102401.htm>.

94 - Discours du Président Bush, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/bushcom.102601.htm>.

95 - Lettre du Président Bush au Président de la Chambre, October 9, 2001, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/letter.100901.htm>.

96 - October 13, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/bushra.101301.htm>.

97 - *President Bush, Presidential Address to the Nation*, October 7, 2001, référence ci-dessus.

- renverser le régime des Taliban et « libérer » l'Afghanistan de leur joug et, par conséquent, « défendre les Musulmans contre d'autres Musulmans »⁹⁸;
- établir sur cette base un nouveau régime au sein duquel il n'y aurait aucune place pour les Taliban⁹⁹;
- « protéger les peuples de la région » en y rétablissant la stabilité¹⁰⁰.

La plupart de ces déclarations relèvent bien entendu davantage de la rhétorique politique que de l'argumentation juridique. Elles suscitent toutefois de sérieuses interrogations par rapport aux objectifs de ce qui n'a de « riposte » que le nom. On peut d'ailleurs les mettre en relation avec certains textes qui sont explicitement consacrés à la conception particulière du droit à la légitime défense défendue par les Etats-Unis. Dans sa lettre du 7 octobre au Conseil de sécurité des Nations unies, le représentant de ce pays affirme par exemple, en se référant aux attentats du 11 septembre, que « In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions *to prevent and deter further attacks* on the United States »¹⁰¹. Dans cette perspective, le représentant considère que, en fonction des résultats des investigations alors en cours, « We may find that our self-defense requires further actions with respect to other organizations and other States »¹⁰². Dans une interview accordée le lendemain, interrogé sur une éventuelle extension des frappes américaines à d'autres Etats, le même ambassadeur précise que rien n'est exclu, et, sur le plan juridique, que

« when you're talking about the inherent right of self-defense, I don't think one would want to limit oneself in any particular way. I think one exercises it, when one thinks that it is justified and necessary »¹⁰³.

Ces propos relayent ceux du Président Bush qui, en signant l'« Authorization for Use of Military Force Bill », affirmait très généralement que

« those who plan, authorize, commit, or aid terrorist attacks against the United States and its interests – including those who harbor terrorists – threaten the national security of the United States. It is, therefore, necessary and appropriate that the United States exercise its rights to defend itself and protect United States citizens both at home and abroad »¹⁰⁴.

98 - Discours du Président Bush, October 12, 2001, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/bush.101301.htm>, October 13, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/bushra.101301.htm> ainsi que de Colin Powell, October 24, 2001, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/pow.102401.htm>.

99 - Discours de Colin Powell, October, 21, 2001, <http://usinfo.state.gov/topical/pol/terror/01102207.htm>.

100 - Colin Powell, October 24, 2001, <http://www.uspolicy.be/Issues/Terrorism/pow.102401.htm>.

101 - S/2001/946; nous soulignons.

102 - Ambassador John D. Negroponte, Remarks at UN Headquarters concerning Military Action Against Terrorism, October 8, 2001, http://www.un.int/usa/01_136.htm.

103 - *Ibidem.*; nous soulignons.

104 - September, 18, 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/print/20010918-10.html>.

La position défendue par les Etats-Unis pose pour le moins question par rapport au droit international existant. Bien sûr, on pourrait se demander si chacun des objectifs énoncés (par exemple le renversement du régime et son remplacement par un autre, ou la poursuite de criminels en vue des les juger ou de les supprimer) entretient un lien suffisamment étroit avec l'impératif juridique de la riposte à une agression en cours. Mais, au-delà de ces questions délicates, il n'est que trop visible qu'il s'agit là d'un discours de principe visant à élargir le concept de légitime défense. Dans l'ensemble, cette « défense » semble conçue comme une opération de police à la fois de répression (des crimes perpétrés) et de prévention (du risque que de nouveaux crimes se produisent). La rhétorique américaine renvoie visiblement à des arguments comme ceux de la possibilité de mettre en œuvre des représailles armées ou d'engager une « légitime défense préventive »¹⁰⁵. Les cibles, la durée et les modalités de cette « légitime défense » ne sont pas précisées, et semblent pouvoir s'élargir sans que, comme le proclame très explicitement l'ambassadeur Negroponte, aucune limite ne vienne l'encadrer. Le seul élément pertinent renverrait tout simplement à ce que les Etats-Unis « pensent justifié et nécessaire ».

Il va de soi que cette conception n'a de juridique que le nom. Laisser à l'Etat, même victime d'une agression, la possibilité de décider seul quels sont les objectifs et les modalités de sa riposte revient à nier l'existence même d'un ordre juridique international dont la vocation première est d'assurer un système de sécurité *collective*.

B. Un contournement abusif de l'exigence de l'exclusivité du moyen

Dans la même optique, il semble que la condition tirée du caractère « nécessaire » de la riposte armée n'ait même pas été envisagée. On cite souvent la formule avancée par le Secrétaire américain Webster dans le cadre de l'affaire du *Caroline*, selon laquelle la réaction armée doit être « instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation »¹⁰⁶. Comme le relevait le professeur Ago en tant que rapporteur spécial de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, la référence à ce précédent n'est sans doute pas très appropriée, dans la mesure où elle renvoie à une époque où légitime défense et état de nécessité n'étaient pas véritablement distin-

105 - Dans le même sens pour justifier les attaques du Soudan et de l'Afghanistan en 1998, « Contemporary Practice of the United States », *A.J.L.L.*, 1999, pp. 161 et ss.

106 - J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, Leyden, Sijthoff, 1974, p. 105; I. Brownlie, *op. cit.*, not. pp. 42-43. Ce *dictum* serait considéré comme toujours d'actualité par les Etats occidentaux; R. Higgins, « The Attitude of Western States Towards Legal Aspects of the Use of Force » in *The Current Regulation...*, *op. cit.*, p. 442.

gués¹⁰⁷. Roberto Ago ajoutait cependant que, pour que la défense soit légitime, la condition de nécessité requiert que l'Etat concerné ait épuisé tous les autres moyens avant d'arriver à cette extrémité¹⁰⁸.

Cette exigence pose pour le moins problème dans le cas de l'Afghanistan. D'abord, on peut se demander pourquoi d'autres mesures, comme l'arrêt de l'aide au Pakistan ou à l'Arabie saoudite, dont il est de notoriété publique qu'ils soutenaient les Taliban, n'ont pas pu être envisagées. On peut pourtant penser que ce type de mesures aurait pu se révéler efficace contre un régime dont il semble qu'il ait été largement installé et maintenu de l'extérieur. Nombre d'analystes ont mis en évidence le fait que les Etats-Unis eux-mêmes ont un temps soutenu le régime des Taliban, au nom de considérations qui relèvent de la *realpolitik*¹⁰⁹. Dans ces conditions, on peut se demander si les Etats n'ont pas contribué eux-mêmes à la survenance de la situation qu'ils invoquent aujourd'hui pour prétendre agir en légitime défense. Si tel devait être le cas, il devient évidemment impossible de prétendre que tous les moyens ont été épuisés pour mettre fin aux « agressions terroristes ».

Ce type de débat est, il est vrai, particulièrement ouvert, tant il met en jeu des évaluations en termes d'opportunité¹¹⁰. Un élément décisif nous semble par contre exclure très clairement le respect de la condition du caractère « nécessaire » de la riposte unilatérale: c'est le refus de la part des Etats-Unis de demander au Conseil de sécurité de jouer son rôle dans le domaine du maintien de la paix, conformément à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. On sait en effet que celui-ci n'autorise une légitime défense unilatérale que « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales [...] »¹¹¹. En l'occurrence, le

107 - Roberto Ago, Additif au 8^e rapport sur la responsabilité des Etats, *op. cit.*, p. 60. Voy. encore en ce sens, I. Brownlie, « International Law and the Use of Force by States revisited », *Europeum Lecture*, HEI, Geneva, 1 february 2001, <http://www.europeum.org/lectbrow.shtml>, pp. 3-4.

108 - *Ibidem*, p. 67, par. 120. Les Etats-Unis semblent admettre cette condition, lorsqu'ils affirment pour justifier leur attaques du Soudan et de l'Afghanistan qu'ils n'avaient « pas le choix » (« we had no choice but to use armed force »), « Contemporary Practice of the United States », *A.J.I.L.*, 1999, pp. 163. Voy. aussi M. Kohen, « The Use of Force by the United States after the End of the Cold War and Its Impact on International Law », à paraître in Michael Byers and Georg Nolte (éd.), *The United States and International Law*, Cambridge University Press, 2002; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, *op. cit.*, p. 184; O. Schachter, *op. cit.*, p. 221.

109 - Ainsi, lors de la prise de pouvoir des Taliban en 1996, Olivier Roy, spécialiste de l'Afghanistan au CNRS, indiquait: « [Les Etats-Unis] appuient clairement les Taliban, pensant qu'ils sont peut-être pour l'application de la charia mais au moins pro-occidentaux. Ils espèrent même que les Taliban mettront au pas ces « moudjahiddine » arabes formés en Afghanistan et devenus activistes anti-occidentaux. La chance que ce calcul soit bon me semble faible ! » (interviewé par le quotidien *Le Soir* (Bruxelles), 5 octobre 1996).

110 - I. Brownlie, « The UN Charter and The Use of Force, 1945-1985 » in *The Current Regulation...*, *op.cit.*, p. 499.

111 - H. Kelsen, « Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations », *A.J.I.L.*, 1948, p. 794; Nguyen Quoc Dinh, « La légitime défense d'après la Charte des Nations Unies », *R.G.D.I.P.*, 1948, p. 233; K.J. Skubiszewski, « Use of Force by States. Collective Security. Law of War and Neutrality » in M. Sorensen (Ed.), *Manual of Public International Law*, New York, Macmillan, 1968, p. 769; L.A. Sicilianos, « Le contrôle par le Conseil de sécurité des actes de légitime défense » in SFDI, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Paris, Pedone, 1995, pp. 72 et ss.

Conseil a adopté plusieurs résolutions à cette fin, résolutions que les Etats ont visiblement considérées comme renfermant des « mesures nécessaires » et appropriées à la situation¹¹². On pourrait certes estimer que ces mesures visaient la lutte contre le terrorisme en général, et non la riposte spécifique aux attentats du 11 septembre¹¹³. Le texte des résolutions ne semble pas véritablement plaider en ce sens, dans la mesure où il se réfère à plusieurs reprises à cet événement précis¹¹⁴. A supposer toutefois que le Conseil de sécurité n'ait pu adopter les mesures « nécessaires », la question se pose d'en déterminer la raison. Et on ne peut que constater que cette carence est le résultat direct de la volonté des Etats-Unis d'agir sans aucune forme de limite, comme le confirment certaines des déclarations exposées ci-dessus. En l'occurrence, il aurait été parfaitement possible de solliciter le Conseil de sécurité, qui semblait particulièrement bien disposé à l'endroit des revendications américaines. Contrairement à ce qui a pu prévaloir pendant la période de la guerre froide, ou même dans le cas de certains précédents plus récents, aucune menace d'utilisation du droit de veto ne semblait en mesure d'empêcher l'adoption d'une résolution efficace¹¹⁵. La situation actuelle dictait donc la même solution que celle qui a prévalu à la suite de l'invasion du Koweït. Le Conseil de sécurité se saisit de la question, qualifie très clairement la situation et, s'il estime que la légitime défense peut être mise en œuvre, il en définit les modalités et en fixe les limites. En d'autres termes, comme le relevait Roberto Ago, la légitime défense suppose « une situation d'extrême urgence qui ne lui laisse ni le temps ni le moyen de s'adresser à d'autres instances, Conseil de sécurité y compris »¹¹⁶. Ce schéma, qui est à notre sens le seul qui corresponde au texte comme à l'esprit de la Charte¹¹⁷, a volontairement été évité par les Etats-Unis¹¹⁸. Quoi qu'on puisse en penser sur le plan politique, il est indéniable que, dans ces conditions, on ne peut pas estimer que tous les moyens aient été épuisés avant de décider de recourir unilatéralement à l'emploi de la force.

112 - Voy. les débats qui ont eu lieu au sein du Conseil de sécurité et surtout de l'Assemblée générale, (<http://www.un.org/french/terrorism/ga1.htm>).

113 - A. Pellet, « Malaise dans la guerre: à quoi sert l'ONU? », *Le Monde*, 15 nov. 2001, p. 16.

114 - Voy. les résolutions 1368, 1373, 1377 et 1378, respectivement des 12 et 21 septembre, 12 et 14 novembre 2001.

115 - A. Pellet, « No, This is not War! », forum *E.J.I.L.*, HTTP://www.EJIL.org/forum_WTC/ny-pellet.html.

116 - Roberto AGO, Additif au 8^e rapport sur la responsabilité des Etats, *op. cit.*, p. 68, par. 123. Voy. aussi J. Combacau, « The Exception of Self-Defense in UN Practice », *op. cit.*, pp. 10 et 29 et ss. et M.C. Ortega Carvelèn, *La legítima defensa del territorio del estado*, Madrid, tecnos, 1991, pp. 154 et ss.

117 - Voy. D.W. Greig, « Self-defence and the Security Council: What does article 51 require? », *I.C.L.Q.*, 1991, p. 389.

118 - A. Pellet, « Malaise dans la guerre: à quoi sert l'ONU? », *op. cit.*

Conclusion

La « légitime défense » invoquée par les concepteurs de l'opération « liberté immuable » ne correspond certainement pas à celle qui est inscrite à l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Invoquée d'abord pour attaquer l'Afghanistan, la formule semble être promise à un bel avenir, si on ose utiliser l'expression pour désigner le risque que de nouveaux Etats soient la cible de cette nouvelle « guerre antiterroriste »¹¹⁹. En guise de progrès ou de nouveauté, l'argumentaire avancé par les Etats-Unis semble plutôt nous renvoyer à une période des relations internationales que l'on croyait révolue, au cours de laquelle les Etats utilisaient la force de manière discrétionnaire sous le prétexte de leur « autoprotection » ou de la défense de leurs « intérêts vitaux »¹²⁰. L'affirmation selon laquelle le développement des activités criminelles transnationales crée une nouvelle situation qui rend nécessaire une adaptation des règles de droit international comporte sans aucun doute une large part de vérité. C'est ce qui justifie les progrès fulgurants qu'a connue la coopération en matière pénale depuis le 11 septembre dernier¹²¹. Faut-il pour autant mettre gravement à mal le système de sécurité collective établi en 1945 qui, dans les conditions actuelles, permet au Conseil de sécurité de prendre les mesures qu'il juge nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales ? Les Etats se prononceront sans doute sur cette question dans un proche avenir. En attendant, il est certainement prématuré de conclure à l'évolution de règles existantes qui, loin de reconnaître une « liberté immuable » aux Etats, visent à dépasser le règne de la justice privée au profit du respect de la règle de droit.

119 - C'est ainsi que cette thèse a depuis lors été reprise de manière tout à fait générale par le Secrétaire d'Etat britannique à la Défense, lorsqu'il redéfinit les tâches stratégiques de son armée de la manière suivante : « We may need to coerce regimes and states which harbour or support international terrorism with the threat and, ultimately, the use of, military force in the event that diplomatic and other means fail » (« 11 september - A new chapter for the strategic defence review », Speech at King's College, 5 décembre 2001, <http://www.mod.uk/index.php3?page=43&nid=2466&view=1045&cat=33#news2466>). Elle a également été invoquée par Israël, qui a mené des opérations militaires à l'encontre de l'Autorité palestinienne après avoir adopté une décision formelle la qualifiant d' « entity that supports terrorism », (décision du Cabinet israélien du 3 décembre 2001, <http://www.pmo.gov.il/english/ts.exe?tsurl=0.22.4569.0.0>).

120 - J. ZOUREK, « La notion de légitime défense en droit international », *A.I.D.I.*, 1975, pp. 10 et ss.

121 - Voy. par exemple l'accord de coopération Europol-Etats-Unis sur l'échange d'informations liées au terrorisme et aux délits majeurs, signé entre l'Union européenne et les Etats-Unis le 6 décembre 2001, http://www.eu2001.be/VE_ADV_PRESS/detail.asp?cat_code=AA&item_id=2023&sess=86365918&lang=fr&reference=01-01&; au sein de l'Union européenne, voy. les Conclusions du Conseil Justice, Affaires intérieures et Protection civile du 7 décembre 2001, approuvant la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres et la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, <http://ue.eu.int/newsroom/LoadDoc.cfm?MAX=1&DOC=!!!&BID=86&DID=68729&GRP=4035&LANG=2>.

RESUME

Pour justifier le déclenchement puis la poursuite de l'opération « liberté immuable », les autorités des Etats-Unis se sont essentiellement basées sur une conception extensive de la légitime défense. Au-delà de la question de la licéité in casu de l'opération, cette argumentation soulève de graves problèmes de droit international. La condition de l'existence d'une agression préalable a été interprétée abusivement, en particulier au regard des règles juridiques spécifiques régissant la question de l'imputation. Quant à l'exigence du caractère nécessaire et proportionné de la riposte, elle semble avoir été gravement minimisée, voire purement et simplement ignorée par l'administration nord-américaine. Si elle devait être avérée, l'acceptation de ce type d'argumentation risque de marquer un retour à une notion de légitime défense conçue comme un droit à l'autoprotection.

ABSTRACT

In order to justify operation «Enduring Freedom», United States officials essentially relied on an extensive conception of self-defence. Beyond the issue of this operation's legality as such, this argument raises serious problems in international law. The requirement of an initial armed attack has been improperly interpreted, particularly in connection with the rules governing the attribution of illegal acts in international law. The requirements of necessity and proportionality of the response seems to have been seriously minimized, not to say purely and simply ignored by the US administration. Should it be confirmed, the acceptance of this type of argument might entail a reversion to an understanding of the concept of self-defence as a right to self-protection.

RESUMEN

Para justificar el inicio y la continuación de la operación « libertad duradera », las autoridades de los Estados Unidos de América se basaron esencialmente en una concepción extensiva de la noción de legítima defensa. Mas allá del problema de la legalidad de esta operación, la argumentación en cuestión presenta graves problemas desde el punto de vista de derecho internacional. En efecto, la condición de la existencia de una agresión previa fue interpretada de manera abusiva, en particular respecto de las normas jurídicas específicas que rigen la cuestión de la imputación ; por otra parte, la exigencia del carácter necesario y proporcionado de la respuesta ha sido gravemente minimizada, e incluso pura y simplemente ignorada por la administración norteamericana. La aceptación de este tipo de argumentación presenta el riesgo de regresar a una noción de la legítima defensa entendida como derecho de autoprotección.