



Sécurité collective , légitime défense préventive et légitime défense préemptive

Theodore Christakis

► To cite this version:

Theodore Christakis. Sécurité collective , légitime défense préventive et légitime défense préemptive. Les métamorphoses du système de sécurité collective et leurs implications, Société française pour le droit international; Association tunisienne de science politique, Sep 2004, Hammamet, Tunisie. pp.197-222. hal-01804790

HAL Id: hal-01804790

<https://hal.science/hal-01804790>

Submitted on 4 Jun 2018

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

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

**EXISTE-T-IL UN DROIT DE LÉGITIME DÉFENSE
EN CAS DE SIMPLE "MENACE" ?
UNE RÉPONSE
AU "GROUPE DES PERSONNALITÉS DE HAUT NIVEAU"
DE L'ONU**

par

Théodore CHRISTAKIS,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Grenoble II
(Pierre Mendès France)

Dans un discours prononcé devant l'Assemblée générale de l'ONU le 23 septembre 2003, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, déclarait que l'Organisation vivait un tournant de son histoire et exprimait ses préoccupations à l'égard de la doctrine de légitime défense préventive avancée "par certains" que le Secrétaire général ne voulait pas nommer. "L'article 51 [de la Charte] prévoit que tous les États, *s'ils sont attaqués*, ont le droit de se défendre", rappelait le Secrétaire général. "Jusqu'à maintenant, il avait été admis que, lorsque les États vont au-delà et décident d'utiliser la force pour répondre à des menaces plus larges [...]; ils ont besoin de la légitimité que seules peuvent procurer les Nations Unies". Mais "maintenant", continuait M. Annan, "certains disent que cette théorie n'est plus tenable dans la mesure où une attaque à l'arme de destruction massive peut être lancée à tout moment sans préavis ou par un groupe clandestin. Les États, disent-ils, ont le droit et l'obligation d'utiliser la force de manière préventive...". Pour le Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, cette logique est dangereuse, car elle "représente un changement fondamental par rapport aux principes sur lesquels la paix et la stabilité du monde reposent depuis cinquante-huit ans, même de manière imparfaite". "Mon inquiétude", a conclu le Secrétaire général, "est que, si elle était adoptée, elle pourrait créer des précédents qui multiplieraient un recours à la force unilatéral et sans fondement juridique, avec une justification crédible ou non"¹.

Pour permettre de "dresser un état des lieux complet" de ces questions, le Secrétaire général a alors décidé de créer un "*Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*", constitué d'une "véritable

¹ Discours prononcé devant l'Assemblée générale des Nations Unies reproduit in *Le Monde*, 24 septembre 2003. Nous soulignons.

pléiade [de personnalités] issue des quatre coins du monde offrant une riche somme d'expérience et de compétences "². Ce "Groupe de personnalités"³, a rendu le 1^{er} décembre 2004 son rapport intitulé "*Un monde plus sûr : notre affaire à tous*"⁴, rapport largement médiatisé. Toutefois, en lisant ses conclusions relatives à la question de la légitime défense on peut se demander, d'une part, si celles-ci sont compatibles avec le droit international positif contemporain et, d'autre part, si, *de lege ferenda*, elles sont vraiment susceptibles de rendre le "monde plus sûr", ou si elles ne risquent pas plutôt de conduire à l'état d'anarchie en matière de recours à la force tant redouté par le créateur du "Groupe" dans son discours précité. En effet, dans la troisième partie du rapport, et sous le titre général "*L'usage de la force : règles et directives*"; on peut trouver le passage suivant sur la légitime défense :

"Le libellé de [l'article 51 de la Charte] est restrictif : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. »

Toutefois, traditionnellement, en droit international, un État menacé peut lancer une opération militaire à condition que l'agression dont il est menacé soit imminente, qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'écarter la menace et que l'intervention militaire soit proportionnée. Le problème se pose dans le cas où sans être imminente, la menace en question est présentée comme réelle, par exemple en cas d'acquisition, dans une intention censément hostile, des moyens de fabriquer des armes nucléaires.

Un État peut-il, sans saisir le Conseil de sécurité, revendiquer dans ces conditions le droit d'intervenir, en état de légitime défense par anticipation, non pas simplement selon le principe de précaution (en cas de menace imminente ou proche), mais préventivement (en cas de menace non imminente ou non proche) ? Ceux qui répondent par l'affirmative font valoir que les dommages que risquent d'infliger certaines menaces (terroristes disposant d'une arme nucléaire, par exemple) sont tels qu'il n'est pas question de prendre le risque d'attendre qu'elles deviennent imminentes, et que les dommages seront peut-être moins lourds (par exemple si l'on peut éviter un échange nucléaire ou les retombées radioactives de la destruction d'un réacteur) en agissant plus tôt.

En somme, on peut dire que s'il y a de solides arguments en faveur d'une intervention militaire préventive et de solides preuves à l'appui, le Conseil de sécurité devrait en être saisi et pourrait alors décider d'autoriser cette intervention. Si le Conseil en décide autrement, il restera par définition suffisamment de temps pour

² V. Note du Secrétaire général in A/59/565 du 2 décembre 2004, p. 1.

³ Présidé par l'ancien Premier ministre thaïlandais, M. A. Panyarachum, et composé d'une quinzaine de personnalités, pour la plupart des anciens ministres ou directeurs d'organisations internationales (mais pas forcément de beaucoup de juristes internationaux). Les noms et CV des membres du Groupe (où l'on trouve, par exemple, pour la France, M. R. Badinter, Membre du Sénat et ancien Ministre de la justice et, pour les États-Unis, M. B. Scowcroft, ancien Lieutenant-Général des forces aériennes américaines et Conseiller au Conseil national de sécurité), sont consultables in <www.un.org/secureworld>.

⁴ Reproduit en tant que document officiel de l'ONU in A/59/565 du 2 décembre 2004 et disponible sur le site cité dans la note précédente.

examiner d'autres stratégies – persuasion, négociation, dissuasion et confinement – et réexaminer l'option militaire.

À cette thèse on oppose que, face à des menaces potentielles apparentes omniprésentes, le risque pour l'ordre mondial et la règle de non-intervention sur laquelle il reste fondé est trop élevé pour que la légalité autorise une action préventive unilatérale, au lieu d'une intervention collective. **Autoriser une action préventive unilatérale de ce type, c'est les autoriser toutes.**

Nous ne sommes pas partisans d'une révision ou d'une nouvelle interprétation de l'Article 51⁵.

Plusieurs remarques viennent immédiatement à l'esprit.

On pourrait, tout d'abord, se poser quelques questions sur la qualité rédactionnelle de ce passage. Il est évident, par exemple, que ce que le "Groupe" cite comme étant le "principe de précaution" n'a rien à voir avec ce principe⁶. Le recours au texte anglais permet néanmoins de comprendre qu'il s'agit sans doute là d'une regrettable erreur de traduction car la question que le texte original pose est en effet la suivante : "Can a State, without going to the Security Council, claim in these circumstances the right to act, in anticipatory self-defence, **not just pre-emptively** (against an imminent or proximate threat) **but preventively** (against a non-imminent or non-proximate one) ?"⁷. Cette précision nous permet donc de comprendre que le "Groupe" adopte, dans ses analyses, la terminologie utilisée dans le jargon juridique anglais : d'un côté la "**légitime défense préemptive**", selon laquelle un État peut répondre à une menace d'agression imminente (ou "proche", ajoute le "Groupe"), de l'autre côté la "**légitime défense préventive**", selon laquelle un État peut réagir face à ce qu'il considère être une menace lointaine, non encore concrétisée⁸. Comme nous l'avons écrit par ailleurs, c'est évidemment cette deuxième version de la légitime défense, telle que soutenue depuis fin 2001 par le Président américain George Bush, qui fait appel à une sorte de "principe de précaution" : l'incertitude sur la réalité ou la qualité de la menace ne doit pas empêcher l'intervention militaire⁹.

⁵ *Ibid.*, pp. 58-59, §§ 188-192.

⁶ On sait que le principe ne vise pas les situations de "menace imminente ou proche", mais plutôt les situations d'incertitude scientifique et de danger éloigné qui ne devraient pas, selon les partisans de ce principe, servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives.

⁷ Le texte anglais peut être consulté sur le même site. Nous soulignons.

⁸ Ces définitions sont proposées, par exemple, par le *Dictionary of Military and Associated terms du Department of defense américain*, Washington D.C., 2002, p. 413. Elles sont reprises par la majorité de la doctrine américaine contemporaine. Mais, étant des constructions exclusivement doctrinales et n'existant pas en tant que telles dans les textes du droit positif, elles ne bénéficient d'aucune garantie d'infailibilité et certains auteurs se permettent de donner d'autres définitions pour décrire les mêmes réalités (v. par ex. M. E. O'CONNEL, "The myth of preemptive self-defense", août 2002, in <www.asil.org> qui utilise les termes "preemptive" et "préventive" comme synonymes).

⁹ V. T. CHRISTAKIS, "Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive ?", in K. BANNELIER, T. CHRISTAKIS, O. CORTEN, P. KLEIN, *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 11. Le fameux rapport de la Maison Blanche publié en septembre 2002 et intitulé *The National Security Strategy of the United States of America* souligne, par exemple : "The United States has long maintained the option of preemptive actions to counter a sufficient threat to our national security. The greater the threat, the greater is the risk of inaction –

Le "Groupe de personnalités de haut niveau" pose ainsi comme axiome que la légitime défense "**préemptive**" fait partie du droit positif. Seule la légitime défense "**préventive**" semble lui poser problème, l'amenant à des phrases tortueuses et ambiguës (par ex. : "[s]i le Conseil en décide autrement, il restera par définition suffisamment de temps pour... réexaminer l'option militaire" ou "le risque pour l'ordre mondial... est trop élevé pour que la légalité autorise une action préventive unilatérale...") et à la conclusion, semble-t-il, que celle-ci ne fait pas partie du droit positif et ne devrait pas en faire partie car, selon la recommandation finale du "Groupe", :

"L'Article 51 de la Charte des Nations Unies ne doit être ni réécrit ni réinterprété, que ce soit pour en étendre le champ d'application établi depuis longtemps (afin d'autoriser des mesures préventives en cas de menaces non imminentes) ou pour le réduire (afin de n'en autoriser l'application qu'en cas d'agression effective)"¹⁰.

Si la conclusion du "Groupe" selon laquelle la légitime défense "**préventive**" n'existe pas en droit positif est sans aucun doute exacte, il n'en va pas de même, à notre avis, avec celle concernant la légitime défense "**préemptive**". Le "Groupe" prétend, en effet, que "traditionnellement", le droit international permet à un État de lancer une opération militaire pour éliminer une "menace imminente ou proche". Bien qu'il reconnaisse que le libellé de l'article 51 de la Charte "est restrictif" (dans la mesure, sans doute, où il exige l'existence effective d'une "agression armée"), il interprète cet article différemment et... "recommande" même de ne pas le "réinterpréter" pour "réduire" sa portée "afin de n'en autoriser l'application qu'en cas d'agression effective"! Le Groupe n'explique guère cette affirmation. Aucune analyse, aucune démonstration, aucune référence ne vient étayer cette affirmation. Seule une "*footnoted*" version anglaise du texte, disponible sur internet, comprend une note de bas de page qui renvoie... à trois auteurs américains, renvoi d'ailleurs assez controversé, car un examen des écrits de ces trois auteurs ne confirme pas toujours ce que le Groupe affirme qu'ils affirment¹¹ !

and the more compelling the case for anticipatory action to defend ourselves, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack" (disponible in <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>, p. 15).

¹⁰ *Op. cit.*, p. 93, § 53.

¹¹ Voici le texte de cette note : "See for example, Oscar Schachter, "The Right of States to Use Armed Force," *Michigan Law Review* 82, 1984, pp. 1633-65 ; Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (New York: Columbia University Press, 1964), pp. 259-60 ; and Louis Henkin, *How Nations Behave*, Second Edition (New York: Columbia University Press, 1979), pp. 143-45" (*op. cit.*). Toutefois, HENKIN souligne dans cet ouvrage que l'argument, avancé par certains, selon lequel la phrase "inherent right of self-defense" dans l'article 51 de la Charte "incorporates the traditional pre-Charter right of self-defense which was not limited to and did not have to await «armed attack»", est un argument "unfounded, its reasoning is fallacious, its doctrine pernicious". Et il ajoute : "The fair reading of Article 51 permits unilateral use of force only in a very narrow and clear circumstance, in self-defense if an armed attack occurs". Si HENKIN se permet d'envisager "a new reading of the Charter" exclusivement pour les États-Unis et l'URSS et dans l'hypothèse très exceptionnelle d'une preuve irréfutable d'une imminente attaque nucléaire - surprise,

L'objectif de cet article sera donc de démontrer que le droit international positif n'accueille pas la légitime défense anticipative, que ce soit sous sa forme "préventive" ou "préemptive". Le Groupe aurait dû donc réserver le même sort à ces deux notions doctrinales, dont la frontière qui les sépare est d'ailleurs obscure et incertaine¹². L'analyse qui suit va essayer de prouver que l'article 51 de la Charte, que le Groupe prétend interpréter, exclut tant la légitime défense "préventive" que la légitime défense "préemptive" et exige, contrairement aux assertions du Groupe, l'existence matérielle d'une "agression armée" (II). Cette conclusion n'est d'ailleurs nullement mise en cause par le droit coutumier préexistant, auquel le Groupe fait référence de manière implicite lorsqu'il évoque ce que le droit international autorise "traditionnellement" (I).

I - LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER PREEXISTANT N'AUTORISE NI LA LÉGITIME DÉFENSE "PREEMPTIVE" NI LA LÉGITIME DÉFENSE "PREVENTIVE"

Le renvoi du Groupe à ce que le droit international autorise "traditionnellement" est formulé de manière axiomatique et évoque une phrase très similaire figurant dans le rapport de la Maison Blanche sur *"La stratégie de Sécurité nationale des États-Unis"*¹³. Ces deux phrases sont en fait inspirées de l'argument souvent avancé par les partisans de la légitime défense "anticipative" selon lequel l'article 51 de la Charte n'a pas porté atteinte à la règle coutumière préexistante dans ce

il avertit que "such a reading of the Charter, it should be clear, would not permit (and encourage) anticipatory self-defense in other, more likely situations, between nations generally" (*id.*, pp. 141-145). Cf. aussi *id.*, pp. 295-296 où HENKIN souligne : "As a general exception of Article 51, anticipatory self-defense would replace the requirement of armed attack – clear, unambiguous, subject to proof, and not easily open to misinterpretation or fabrication – with a standard which is ambiguous, deceptive, and dangerously flexible". FRIEDMANN aussi propose, dans le contexte de l'hypothèse d'une attaque nucléaire surprise entre les deux super-puissances, que "the right of self-defense must probably now be extended to the defense against a clearly imminent aggression, despite the apparently contrary language of Article 51 of the Charter", et ajoute, d'ailleurs, que "the dangers of such an interpretation should not be underestimated" (*op. cit.*). Parmi les trois auteurs cités, seul SCHACHTER semble considérer que la légitime défense "anticipative" est conforme au droit positif et compatible avec l'article 51 de la Charte (v. aussi O. SCHACHTER, *International Law in theory and practice*, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 150-151).

¹² A partir de quel moment une "menace" doit être considérée comme "imminente ou proche" ? L'"imminence" et la "proximité" sont-elles calculées en terme d'heures, de jours, de semaines, de mois... ? Et qui décide de leur réalité ? Le fait que le gouvernement britannique ait affirmé, sur la base des renseignements de ses services secrets, que l'Irak avait la capacité de déployer en 45 minutes des armes de destruction massive menaçant la sécurité des États-Unis, du Royaume-Uni ou des autres "peuples libres du monde" (v. par ex. *Le Monde* du 17 juillet 2003), donnait-il le droit à cet État d'invoquer la légitime défense "préemptive" ? Le rapport du "Groupe" ouvre ainsi une brèche difficile à colmater.

¹³ Selon ce rapport : "For centuries, international law recognized that nations need not suffer an attack before they can lawfully take action to defend themselves against forces that present an imminent danger of attack" (*op. cit.*, p. 15).

domaine qui, elle, autoriserait les opérations militaires en cas de simple "menace". Toutefois, comme nous allons le voir, il est très douteux qu'une telle règle coutumière ait existée au moment de la rédaction de la Charte (A). Et, à supposer que tel ait été le cas, force est de constater que cette règle coutumière préexistante ne pourrait pas dispenser les États de leur obligation de respecter l'article 51 de la Charte (B).

A. Le droit coutumier antérieur à la Charte ne consacre pas un tel droit

Nous allons tout d'abord présenter la thèse de l'existence d'une telle règle coutumière au moment de la rédaction de la Charte (1), avant d'exprimer nos doutes à son égard (2).

1) La thèse : le renvoi à l'affaire de la "Caroline"

Dans la nuit du 29 au 30 décembre 1837, 70 soldats de Sa Majesté Victoria, basés au Canada, traversèrent dans le plus grand secret la frontière avec les États-Unis sur le fleuve Niagara. Leur objectif se trouvait amarré de l'autre côté, à Fort Schlosser, en territoire américain. La trentaine de rebelles endormis à bord du "Caroline" ne purent rien face aux soldats de la couronne d'Angleterre. Le navire, pris d'assaut, fut incendié et précipité dans les chutes de Niagara. Il ne fallut ainsi que quelques heures aux soldats britanniques pour accomplir leur mission et retourner triomphalement sur l'autre rive, où une foule s'était réunie pour les ovationner.

A compter de ce jour, le navire "Caroline" ne fut plus jamais utilisé par des particuliers américains pour ravitailler l'insurrection canadienne contre la Couronne d'Angleterre. Mais l'"affaire Caroline" continue aujourd'hui encore à alimenter l'insurrection contre le droit positif en matière de légitime défense. Plusieurs auteurs contemporains, surtout anglo-saxons, présentent en effet cette affaire comme le "*locus classicus*" en matière de légitime défense¹⁴, comme une sorte d'archétype imprimé de manière indélébile dans l'inconscient collectif des nations et de leur droit. Selon eux, ni 170 années d'évolution du droit international, ni le développement des règles du *jus contra bellum*, ni même l'avènement de la Charte et du système de sécurité collective, ne peuvent altérer la célèbre formule par laquelle les États-Unis qui, avaient pourtant véhémentement dénoncé la violation de leur souveraineté, avaient fini par reconnaître qu'une action militaire en territoire étranger pouvait se justifier dans le cas :

¹⁴ Sans citer les dizaines d'articles publiés ces dernières années dans les revues juridiques américaines, on peut renvoyer à des références plus anciennes telles que : R. JENNINGS, A. WATTS, *Oppenheim's International Law, Vol. I : Peace*, Longman, 9th ed., 1992, p. 420 ; D. W. BOWETT, *Self-defence in international law*, Manchester Univ. Press, 1958, pp. 187-192 ou M. McDUGAL, F. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order*, Yale Univ. Press, 1961, pp. 232 et ss.

"d'une nécessité de légitime défense, urgente, irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens, ni le temps de délibérer"¹⁵.

Cette formule, acceptée par le Royaume-Uni, constitue le point de départ et d'aboutissement de toutes les constructions intellectuelles contemporaines visant à présenter comme licite la légitime défense en cas de "menace imminente", voire en cas de "menace" tout court¹⁶. Pour soutenir cette argumentation on cite aussi fréquemment un passage du jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg dans lequel le Tribunal, tout en rejetant l'excuse de "légitime défense préventive" invoquée par les accusés, a cru utile de :

"rappeler qu'une action préventive en territoire étranger ne se justifie que dans le cas d'«une nécessité pressante et urgente de défense, qui ne permet ni de choisir les moyens, ni de délibérer» (Affaire Caroline, Moore's Digest of International Law, II, 412)"¹⁷.

La "Caroline" continue donc de hanter les esprits et la question qui se pose, bien sûr, est de savoir quelle est la réelle pertinence d'un aussi vieux précédent pour le droit positif contemporain.

2) La réfutation de cette thèse

Plusieurs arguments peuvent être opposés à cette construction intellectuelle.

(1) En premier lieu, il nous semble que l'affaire du *Caroline* peut très difficilement être conçue comme un "*locus classicus*" en matière de légitime défense. A cette époque, l'utilisation de la force n'était pas interdite et la notion de légitime défense n'avait ainsi pas le sens qu'on lui donne aujourd'hui, à savoir la seule possibilité admise par le droit pour recourir à la force de manière unilatérale. A l'époque, il s'agissait plutôt d'un terme générique utilisé en alternance avec ceux d'"autoprotection", d'"autoconservation" et de "nécessité". Les tentatives contemporaines visant à présenter la "*Caroline*" comme un cas "classique" de légitime défense constituent donc des extrapolations

¹⁵ Cette célèbre formule appartient au Secrétaire d'Etat américain Daniel Webster dans une note adressée à son homologue britannique le 24 avril 1841. Quelque mois plus tard, le 7 décembre 1841, le Président Tyler reprenait l'idée en affirmant dans un message au Congrès que son "gouvernement ne [pourrait] jamais autoriser aucun gouvernement étranger quel qu'il soit, *sauf en cas de nécessité la plus urgente et la plus extrême*, à envahir son territoire, que ce [fût] pour arrêter des personnes ayant violé le droit interne de ce gouvernement étranger ou pour détruire leurs biens...". La traduction française de ces textes figure in *Rapport de la CDI*, A/56/10, 2001, p. 210.

¹⁶ V. par exemple, le rapport de la Maison Blanche cité *supra* ou encore, de manière plus détaillée, M. BENVENUTA OCCELLI, "*Sinking the Caroline : Why the Caroline doctrine's restrictions on self-defense should not be regarded as customary international law*", *San Diego Int'l Law Journal*, vol. 4, 2003, pp. 467 et ss.

¹⁷ Jugement du 1^{er} oct. 1946 in *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international*, Nuremberg, 1947, p. 217. L'argument des accusés était que "l'Allemagne s'était vue obligée d'attaquer la Norvège" en avril 1940 "pour prévenir un débarquement allié et que, par conséquent, ces opérations revêtaient un caractère préventif" (*id.* p. 216). Le Tribunal a rejeté l'argument le qualifiant de simple "prétexe" pour occuper le pays, acquérir des bases d'attaque plus efficaces contre l'Angleterre et la France et réaliser la politique d'agression de Hitler.

inacceptables. Comme nous l'avons souligné par ailleurs¹⁸, l'affaire du "*Caroline*" pourrait éventuellement avoir un intérêt dans le cadre de la problématique de l'état de nécessité, mais certainement pas pour celle de la légitime défense, notion qui ne prend juridiquement son sens qu'avec l'émergence du principe de l'interdiction du recours à la force. A l'appui de cette thèse on peut noter les éléments suivants.

Tout d'abord, à l'époque de l'incident du "*Caroline*" le droit international relatif au recours à la force était sans aucun doute beaucoup plus permissif que ce que la formule "Webster" laisse entendre. Comme le résume un auteur, à l'époque : "le droit international renonce à toute limitation du recours à la force : il se borne à l'enregistrer comme un fait et à y rattacher des conséquences juridiques, conséquences qui ressortissent au droit des conflits armés [...]. Mais le droit y est indifférent quant au déclenchement de la guerre, à ses causes et à la justice ou à l'injustice de celles-ci. L'opportunité et la licéité de la guerre deviennent une option politique de fait, non une question de droit..."¹⁹. Dans le contexte d'un tel droit "indifférent" il est absurde de parler d'une doctrine de "légitime défense" comme limitation à un droit de recourir à la force quasiment inexistant. Si le principe n'existe pas, l'exception n'existe pas non plus.

Par ailleurs, un examen attentif de la correspondance anglo-américaine de l'époque montre que les deux États n'ont pas conçu la destruction du "*Caroline*" comme un acte de guerre contre les États-Unis (auquel il faudrait chercher des justifications et des excuses). La lettre que le Secrétaire d'État américain Forsyth adressa à l'ambassadeur britannique à Washington quelques jours après l'incident protestait, surtout, contre la "destruction of property and assassination of citizens of the United States on the soil of New York"²⁰ et demandait réparation à cet égard. Dans sa réponse, son homologue britannique Fox, essayait de justifier l'action des soldats britanniques en soulignant qu'au moment de l'incident les États-Unis n'étaient pas en mesure d'exercer leur autorité dans la région en question et que c'était "cet état extraordinaire des choses" qui avait forcé les sujets britanniques "to consult their own security, by pursuing and destroying the vessel of their piratical enemy"²¹. Comme le notent certains auteurs, le public américain lui-même "did not see the incident as an act of war but one of murder", demandant l'arrestation et le jugement des responsables²². C'est d'ailleurs après l'arrestation et la mise en accusation en 1840 d'un sujet britannique, Alexander McLeod, et la réaction britannique à cette arrestation, que la controverse

¹⁸ T. CHRISTAKIS, "Vers une reconnaissance...", *op. cit.*, p. 36. V. aussi *infra*, note 80 et texte qui l'accompagne.

¹⁹ R. KOLB, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 20.

²⁰ Note de protestation datée du 5 janvier 1838, in J.B. MOORE, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. II, 1906, p. 410.

²¹ Cité par R.Y. JENNINGS, "*The Caroline and McLeod cases*", *AJIL*, vol. 32, 1938, p. 85.

²² V. M. BENVENUTA OCCELLI, "*Sinking the Caroline...*", *op. cit.*, p. 472 et la bibliographie qui y est citée.

diplomatique a été ravivée conduisant à l'échange de lettres de 1841-1842 qui a pu donner une solution au litige. Dans ces lettres, Webster a "mis l'accent sur le principe fondamental du caractère inviolable du territoire d'une nation indépendante, tout en acceptant qu'un tel principe pourrait connaître des exceptions en cas de nécessité impérieuse"²³. Cette analyse a été acceptée par Lord Ashburton, envoyé spécial du Gouvernement britannique à Washington, qui a donné l'impression, dans sa réponse, de justifier par la nécessité l'action des soldats britanniques, tout en exprimant ses regrets pour la violation du territoire américain²⁴.

Enfin, il apparaît que les auteurs du XIXe et du début du XXe siècle n'ont pas, à notre connaissance, classé l'incident du "Caroline" comme un "*locus classicus*" en matière de *jus ad bellum*. Ils se sont plutôt référés à cet incident dans le cadre de l'analyse de la question de la neutralité, du droit d'inviolabilité du territoire d'un État neutre et de ses éventuelles exceptions²⁵, voire du droit de nécessité et d'autoconservation en général. Dans ces conditions, on peut comprendre pourquoi la CDI, sous l'impulsion de Roberto Ago²⁶, a "reclassé" l'affaire "Caroline" en soulignant que "l'incident du «Caroline» de 1837, bien que souvent cité comme un cas de légitime défense, faisait en réalité intervenir l'excuse de nécessité à une époque où le droit régissant l'emploi de la force ne reposait pas du tout sur les mêmes bases qu'aujourd'hui"²⁷.

(2) A supposer, malgré tout, que l'affaire du "Caroline" puisse être considérée comme un "précédent" donnant naissance à un droit de légitime défense préemptive ou préventive comme on l'entend aujourd'hui, on pourrait avoir des doutes sur l'existence continue d'un tel droit au moment de la rédaction de la Charte en 1945. Comme on le sait, les premiers pas du *jus contra bellum* contemporain remontent à la période de l'entre-deux-guerres avec, surtout, le Pacte de la Société des Nations de 1919 et le Pacte de Paris de 1928. C'est donc

²³ Cf. J.B. MOORE, *A Digest...*, op. cit., pp. 412-413.

²⁴ Voici un extrait de la lettre du Lord Ashburton : "Although it is believed that a candid and impartial consideration of the whole history of this unfortunate event will lead to the conclusion that there were grounds of justification as strong as were ever presented in such cases, and, above all, that no slight of the authority of the United States was ever intended, yet it must be admitted that there was, in the hurried execution of this necessary service, a violation of territory ; and I am instructed to assure you that her Majesty's government consider this as a most serious fact, and that, far from thinking that an event of this kind should be lightly risked, they would unfeignedly deprecate its recurrence. Looking back to what passed at this time, what is, perhaps, most to be regretted is, that some explanation and apology for this occurrence was not immediately made ; this, with a frank explanation of necessity of the case, might, and probably would, have prevented much of the exasperation, and of the subsequent complaints and recriminations to which it gave rise". Reproduit in *ibid.*, p. 217.

²⁵ Ainsi, par exemple : T. WOOSLEY, *Introduction to the study of international Law*, 5th ed., 1878 ; H. TAYLOR, *A treatise on international public law*, 1901, p. 688 et T.J. LAWRENCE, *The principles of international law*, 6th ed., 1911, p. 609. Pour plus de détails voir M. BENVENUTA OCCELLI, "Sinking the Caroline...", op. cit., pp. 482-483.

²⁶ V. Additif au huitième rapport de R. Ago sur la responsabilité des États, *Annuaire de la CDI*, 1980, Vol. II (Partie I), pp. 63-64, § 113 (et pp. 38-39, § 57).

²⁷ *Rapport de la CDI*, A/56/10, 2001, p. 209.

cette période qui est, d'un point de vue normatif, la plus pertinente pour déterminer si une "exception" de légitime défense "anticipative" a accompagné le principe d'interdiction de l'agression, puis le principe de l'interdiction du recours à la force en général.

Les auteurs qui ont analysé en détail la pratique des États durant cette période ne semblent pas conclure à l'existence d'une telle exception. Ainsi, par exemple, comme le souligne L.-A. Sicilianos, "plusieurs éléments conduisent à penser que durant la période critique de l'entre deux guerres, la légitime défense était généralement conçue comme une réaction face à une attaque, une invasion ou une agression armée". Cet auteur cite plusieurs traités et plusieurs prises de positions des États et de certains organes de la SDN qui lui permettent d'aboutir à la conclusion que "l'adoption de l'article 51 de la Charte qui reconnaissait la légitime défense en cas d'agression armée (*armed attack*), ne faisait que traduire et cristalliser la tendance claire qui se dégage" de cette pratique²⁸. De manière similaire, Ian Brownlie conclut que le droit de légitime défense, tel que défini par l'article 51, reflétait globalement le droit coutumier tel qu'il existait en 1945, surtout en ce qui concerne la condition fondamentale de l'existence d'une agression armée. Selon cet auteur :

"The use of force in riposte to force was the only generally accepted view as to the justified use of force in self-defence and the delegations at San Francisco naturally did not regard the phrasing of the article as in any sense an innovation in its reference to self-defence"²⁹.

(3) Enfin, il convient de remarquer que plusieurs interprétations particulièrement autorisées du droit coutumier confirment l'analyse qui précède. C'est ainsi que dans son arrêt rendu le 27 juin 1986 dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua...*, la C.I.J., se prononçant exclusivement dans le cadre du droit coutumier de légitime défense (du fait du jeu de la réserve américaine excluant l'application de l'article 51 de la Charte), a souligné que :

"ce droit ne peut être exercé que si l'État intéressé a été victime d'une agression armée"³⁰.

On se souvient d'ailleurs que, dans cette affaire, l'un des principaux arguments américains consistait à dire que l'article 51 de la Charte avait "résumé" et "supplanté" le droit coutumier préexistant³¹, argument qui contraste bien cruellement avec les efforts récents de la Maison Blanche de "raviver" le droit existant "depuis plusieurs siècles" en matière de légitime défense pour contourner l'article 51 et justifier les guerres préventives. Si la Cour a préféré

²⁸ L.A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 297-299.

²⁹ I. BROWNLIE, *International law and the use of force by States*, Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 274.

³⁰ *Rec. C.I.J.* 1986, p. 103, par. 195.

³¹ *Ibid.*, p. 93, par. 174.

affirmer l'existence autonome et parallèle de l'article 51 et de la règle coutumière correspondante, elle n'a pas manqué de souligner que :

"l'article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense "naturel" ou "inhérent", dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle"³².

Plus récemment encore, dans son arrêt du 6 novembre 2003 relatif aux *Plates-formes pétrolières*, la Cour a confirmé ses conclusions de 1986 en soulignant que, pour agir en légitime défense, un Etat doit démontrer qu'il a été victime d'une "agression armée", tant au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies que selon le droit coutumier relatif à l'emploi de la force³³. On peut donc conclure "sans hésiter", comme L.A. Sicilianos, "que sur le point précis concernant la liaison entre la légitime défense et l'agression armée, il y a à l'heure actuelle une *identité* entre le régime de la Charte et le droit coutumier"³⁴.

B. A titre subsidiaire : une éventuelle règle coutumière antérieure ne dispenserait pas les États de leur obligation de respecter l'article 51 de la Charte

Même si l'on considérait que la règle coutumière en matière de légitime défense antérieure à l'article 51 est plus permissive que la règle conventionnelle, ceci ne dispenserait nullement les États de l'obligation de respecter cette dernière et d'obéir ainsi à sa vision plus restrictive. Tous les États sont en effet aujourd'hui parties à la Charte des Nations Unies et doivent respecter les articles 2 § 4 et 51 de celle-ci. Or, tous les mécanismes relatifs à la résolution des conflits entre les engagements parallèles et contradictoires nous conduisent toujours à la même conclusion : c'est l'article 51 qui l'emporte sur la règle préexistante.

On pourrait tout d'abord fonder cette suprématie sur la clause de supériorité introduite par l'article 103 de la Charte, à condition, bien sûr, que l'on adhère à l'analyse selon laquelle le but de cet article "est de déclarer que les obligations de la Charte prévaudront sur toutes les autres obligations" des membres des Nations Unies, que ce soient les obligations conventionnelles ou coutumières³⁵.

³² *Ibid.*, p. 94, par. 176. Nous soulignons.

³³ V. *infra*, note 78.

³⁴ L.A. SICILLANOS, *Les réactions...*, *op.cit.*, p. 303.

³⁵ Position défendue par M. Basdevant lors de l'élaboration de l'article 103 in UNCIO, vol. XIX, p. 376. Cité in A. TOUBLANC, "L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies", *RGDIP*, 2004, p. 447, qui considère néanmoins (et elle n'est pas la seule) que la primauté de l'article 103 est inopérante face aux normes non conventionnelles et cite à l'appui non seulement la lettre de l'article 103 mais aussi l'abandon, pendant les travaux préparatoires, d'un projet visant à étendre la primauté de l'article 103 à "toutes autres obligations internationales auxquelles les États sont sujets". D'autres auteurs ont néanmoins adhéré à une interprétation large de l'article 103. V. par ex., R. BERNHARDT, "Article 103" in SIMMA (B.), (ed.), *The Charter of the United Nations – A commentary*, Oxford University Press, 2nd ed., 2002, p. 1299 selon qui : "the ideas underlying art. 103 are also valid in case of conflict between Charter obligations and obligations other than those contained in treaties".

Même si l'on considérait que l'article 103 n'établit pas un mécanisme de résolution de notre conflit hypothétique entre l'article 51 et la prétendue règle coutumière de légitime défense "anticipative" antérieure à celui-ci, le recours aux principes généraux de droit *lex posterior derogat legi priori* et *lex specialis derogat legi generali* permet, en tout état de cause, de résoudre ce conflit au profit de l'article 51 : celui-ci est par définition postérieur à la règle coutumière préexistante et est de plus une *lex specialis* compte tenu du fait qu'il apporte une réglementation plus détaillée et restrictive par rapport à celle-ci.

Logiquement donc, la seule façon de soutenir qu'une éventuelle règle coutumière préexistante autorisant la légitime défense "anticipative" a pu survivre à l'adoption de l'article 51, est de démontrer que ce dernier n'a pas voulu porter atteinte à cette règle préexistante et n'a pas voulu donc subordonner l'exercice de la légitime défense à l'existence d'une agression armée. Tout devient alors question d'interprétation de l'article 51.

II - L'ARTICLE 51 DE LA CHARTE EXCLUT TANT LA LEGITIME DEFENSE "PREEMPTIVE" QUE LA LEGITIME DEFENSE "PREVENTIVE"

Le "Groupe de personnalités" affirme dans ses "recommandations" que l'on ne devrait pas "réinterpréter" l'article 51 pour "réduire" sa portée "afin de n'en autoriser l'application qu'en cas d'agression effective". En réalité il se trompe sur l'état du droit positif. Une interprétation de bonne foi de cet article, conformément aux règles d'interprétation codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités, montre que celui-ci exige incontestablement l'existence effective d'une "agression armée" (A). La seule question de "ré-interprétation" éventuelle qui se pose est donc celle de savoir si l'on peut aujourd'hui "élargir" la portée de cet article pour en autoriser l'application en dehors d'un cas d'agression effective, et plus précisément dans le cas d'une simple menace (B).

A. L'article 51 exige l'existence effective d'une "agression armée"

Si l'interprétation de l'article 51 permet d'évacuer l'hypothèse selon laquelle une simple menace suffit pour invoquer cet article (1), elle permet aussi de comprendre qu'à partir du moment où une "agression armée" a été effectivement lancée, une "légitime défense interceptive" est possible (2).

1) Le "sens clair" de l'article 51 est confirmé tant par son objet et son but que par un recours aux travaux préparatoires

Dans un article célèbre publié en pleine guerre froide et à peine quelques mois après la crise de la "quarantaine de Cuba", le Professeur McDougal essayait de convaincre que l'article 51 de la Charte n'exclut pas la possibilité d'une action militaire préventive en cas de simple menace. En se référant au texte anglais de

l'article 51, cet auteur soutenait que l'expression "*if an armed attack occurs*" ne devrait pas être lue comme signifiant "*if, and only if, an armed attack occurs*"³⁶. L'interprétation grammaticale de l'article 51 ne semble néanmoins pas confirmer cette analyse. On sait, en effet, que cet article pose indubitablement comme condition préalable à l'exercice de la légitime défense l'existence d'une "agression armée" ("*armed attack*", "*ataque armada*") et que le choix de ces mots ne doit rien au hasard. Comme l'avait souligné par exemple Hans Kelsen : "It is of importance to note that Article 51 does not use the terme «aggression» but the much narrower concept of «armed attack», which means that a merely «imminent» attack [...] does not justify resort to force as an exercise of the right established by Article 51"³⁷. On peut donc considérer que le "*sens ordinaire*" de ces termes est clair et que les hypothèses autres que l'existence d'une agression armée ont été volontairement écartées : *inclusio unius fit exclusio alterius*.

Pour "contourner" cette interprétation grammaticale claire de l'article 51³⁸ plusieurs auteurs ont proposé une interprétation téléologique faisant appel à l'"objet" et au "but" de cet article. Ainsi, McDougal considérerait que le but de cet article "*could scarcely be served by requiring States confronted with necessity for defense to assume the posture of «sitting ducks»*"³⁹. L'objectif de l'article 51, soutiennent ces auteurs, est "de protéger l'État" en lui donnant le droit de recourir à la force contre tout ce qui le menace, lui ou ses citoyens⁴⁰. Cette analyse paraît peu convaincante. Il semble, au contraire, que le but de cet article est de créer une exception très stricte à l'interdiction du recours à la force proclamée par l'article 2§4, en la limitant au cas de l'existence matérielle d'une agression armée. L'objectif de la Charte, rédigée avant même la fin de la Seconde guerre mondiale, n'était nullement de réouvrir la boîte de Pandore en reconnaissant aux États un droit général d'autoprotection armée chaque fois qu'ils se considéreraient "menacés". Bien au contraire, son objectif était de cantonner, de brider le recours unilatéral à la force dans les relations internationales⁴¹ afin de "préserver les générations futures du fléau de la guerre", tout en instaurant un

³⁶ M. McDUGAL, "*The Soviet-Cuban quarantine and self-defense*", *AJIL*, vol. 57, 1963, p. 600.

³⁷ H. KELSEN, *The Law of the United Nations*, London, Stevens & Sons, 1950, pp. 797 et s.

³⁸ Il va sans dire que l'on ne peut pas non plus contourner cette conclusion en définissant l'"agression armée" comme incluant la... "menace d'agression armée". Une proposition faite à cet égard au sein de la CDI en 1951 a été immédiatement rejetée (cf. doc. A/CN.4/48, 30 juillet 1951, § 49).

³⁹ M. McDUGAL, "*The Soviet-Cuban quarantine...*", *op. cit.*, p. 601.

⁴⁰ Se référant à l'article 51, M. Koskenniemi soutient par exemple : "to interpret an article reasonably is to refer to the raison d'être of the article, and the raison d'être is to protect the State and the State involves its citizens [...] Anything you do to protect the State, you can then use armed force for because anything that threatens the State tends to be equal to a threat or use of force". (M. KOSKENNIEMI, "Iraq and the «Bush doctrine» of pre-emptive self-defence – Expert analysis", in <www.crimesofwar.org>).

⁴¹ Pour citer encore une fois Louis Henkin : "It was that mild, old-fashioned Second World War which persuaded all nations that for the future national interests will have to be vindicated, or necessary change achieved, as well as can by political means, but not by war and military self-help. They recognized the exception of self-defense in emergency, but limited to actual armed attack, which is clear, unambiguous, subject to proof, and not easily open to misinterpretation or fabrication" (L. HENKIN, *How Nations Behave*, *op. cit.*, p. 142).

système de sécurité collective pour les menaces qui pourraient apparaître⁴². C'est donc la légitime défense préventive et non son interdiction qui va à l'encontre du but, de l'objet et de l'esprit de la Charte⁴³.

La clarté, tant de la rédaction que de l'objet et du but de l'article 51 est d'ailleurs confirmée par ses travaux préparatoires. L'hypothèse de la "légitime défense préventive" avait été examinée puis fermement repoussée par les rédacteurs de la Charte⁴⁴. Quand, par exemple, le conseiller juridique du *State Department*, G. Hackworth, avait observé à propos de ce qui allait devenir l'article 51 "*that the present draft greatly qualified the right of self-defense by limiting it to the occasion of an armed attack*", le chef de la délégation américaine à San Francisco H. Stassen avait répondu :

"this was intentional and sound. We did not want exercised the right of self-defense before an armed attack had occurred".⁴⁵

Un autre membre de la délégation avait demandé quelle était "our freedom under this provision in case a fleet had started from abroad against an American republic, but had not yet attacked". La réponse de H. Stassen avait été la suivante : "we could not under this provision attack the fleet, but we could send a fleet of our own and be ready in case an attack came"⁴⁶.

⁴² Le Conseil de sécurité peut évidemment, dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, autoriser une intervention militaire même si aucune agression armée n'a été commise. C'est la raison pour laquelle l'article 39 de la Charte, (contrairement à l'article 51), parle de "menace contre la paix", montrant ainsi que la question éminemment subjective de la menace ne peut être traitée que dans un cadre multilatéral, l'unilatéralisme de l'article 51 ne portant, quant à lui, que sur la constatation objective de l'existence d'une agression armée. L'examen des travaux préparatoires de la Charte confirme d'ailleurs la volonté claire des rédacteurs de réserver à l'ONU ce que l'on pourrait appeler le "monopole de la contrainte armée préventive", et ceci afin d'éviter les abus, les prétextes à une agression et afin de préserver l'autorité du Conseil de sécurité en tant qu'organe chargé de la mise en oeuvre de la sécurité collective. On peut rappeler ainsi qu'à San Francisco plusieurs délégations voulaient réserver à l'ONU le monopole de la contrainte armée en général. Un amendement norvégien proposait, par exemple, d'interdire tout recours à la force dans les relations internationales qui ne serait pas approuvé par le Conseil. Finalement, l'article 51 a sauvegardé un droit d'action unilatérale, mais seulement en cas d'agression armée, le monopole du Conseil étant préservé pour toute action préventive. V., par ex., I. BROWNLIE, *International law and the use of force*..., *op. cit.*, p. 270 ou T. KEARLEY, "Regulation of preventive and preemtive force in the United Nations Charter : a search for original intent", *Wyoming Law Review*, vol. 3, 2003, p. 725.

⁴³ Comme le note A. RANDELZHOFFER dans son commentaire de l'article 51 de la Charte : "An anticipatory right of self-defence would be contrary to the wording of Art. 51 [...], as well as to its object and purpose, which is to cut to a minimum the unilateral use of force in international relations" (in B. SIMMA, (ed.), *The Charter of the United Nations – A commentary*, Oxford University Press, 2nd ed., 2002, p. 803).

⁴⁴ Comme le rappelle L.A. SICILIANOS, *Les réactions*..., *op.cit.*, p. 299, une proposition britannique tendant à élargir la portée de la légitime défense à toute situation ou litige entraînant une rupture de la paix fut vite abandonnée.

⁴⁵ DEPARTMENT OF STATE, USA, *Foreign relations of the United States : Diplomatic Papers - 1945*, 1967, p. 818).

⁴⁶ *Id.*, p. 709. Voir aussi la position de Paul Boncour qui, parlant au nom de la France, avait souligné à propos de ce projet d'article que : "Ce texte distingue expressément la prévention de l'agression et la répression de l'agression. Pour la prévention de l'agression, il confie au seul Conseil le soin d'y

Admettre la doctrine "préventive" ou "préemptive" pourrait d'ailleurs nous conduire à un résultat "manifestement absurde ou déraisonnable" (au sens de l'art. 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), dans la mesure où cette doctrine peut difficilement se concilier avec les conditions exigeantes d'exercice de la légitime défense "classique", à savoir le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Du fait même que l'action préventive est fondée sur une appréciation subjective de l'existence d'une menace, il est difficile de savoir si la menace est crédible et si l'action préventive contre elle est nécessaire. Combien de fois les États n'ont-ils pas préparé la guerre, mobilisé leurs flottes et leurs avions, envoyé leurs troupes aux frontières, sans pour autant tirer une seule balle ? Et, lorsqu'aucune agression armée n'a eu lieu, comment savoir si l'"attaque préventive" est bien proportionnée ? Par rapport à quoi d'ailleurs doit-elle être proportionnée ? Par rapport à la "menace" appréciée subjectivement ? Dans ce cas, l'État qui invoque la "légitime défense préventive" pourrait bien plaider (comme l'ont d'ailleurs fait les États-Unis et le Royaume-Uni dans l'affaire de l'Irak en 2003) que seule une guerre totale, comprenant l'invasion du territoire "ennemi" et l'élimination de son "gouvernement voyou" peut constituer une défense efficace contre la menace. Voilà donc toute l'absurdité : parallèlement au droit "classique" de la légitime défense, qui répond à une agression armée et qui est régi par les principes de nécessité et de proportionnalité, les rédacteurs de la Charte auraient voulu un droit de légitime défense préventive, soumis à aucune autre condition pour son déclenchement et son exercice que l'appréciation subjective de l'État qui l'invoque. Si un État est victime d'une agression armée, son droit de légitime défense est limité ; s'il ne l'est pas, son droit devient illimité !

2) L'article 51 autorise la "légitime défense interceptive"

L'existence matérielle d'une agression armée constitue donc une condition *sine qua non* pour l'exercice de la légitime défense, ce qui met immédiatement "hors la loi" les théories "anticipatives" ou "préventives". En revanche, la théorie de la légitime défense "interceptive" semble tout à fait conforme au droit positif⁴⁷ : à partir du moment où l'agression armée a été déclenchée, l'État victime a le droit de riposter sans attendre de subir les effets de cette agression. Si, par exemple, un missile a déjà été tiré contre lui, l'État visé a le droit de l'intercepter ou de contre-attaquer sans devoir attendre de subir son impact. Mais si la situation est simple chaque fois que l'on a "appuyé sur le bouton" ou sur la détente, que se passe-t-il exactement dans d'autres situations, comme dans le cas de déclaration de guerre ou d'expiration d'un ultimatum éventuellement suivi d'un mouvement de troupes ? On pourrait dire avec Y. Dinstein que le critère sera toujours celui de

pourvoir, de prendre les mesures nécessaires et rend obligatoire l'autorisation du Conseil pour les mesures que pourraient prendre les États intéressés. Mais pour la répression de l'agression, forme de légitime défense individuelle ou collective, le texte indique le droit des États [...] d'agir tout de suite sans attendre l'exécution des mesures prises par le Conseil de sécurité" (*UNCIO*, vol. 11, pp. 72-73).

⁴⁷ Ainsi, d'ailleurs, que le droit de légitime défense en cas d'agression indirecte.

savoir si l'auteur de ces actions a "franchi le Rubicon"⁴⁸, s'il s'est lancé de manière ostensible et irréversible dans la commission d'un acte d'agression, même si cet acte n'est pas encore consommé. Le droit de riposte dans un tel cas ne fait pas de doute. Mais seul un examen au cas par cas peut montrer si un acte d'agression *in fieri* existe réellement et l'histoire nous offre certains exemples tragiques de méprise⁴⁹ qui appellent à la prudence.

Il faut d'ailleurs ajouter que si un État est victime d'une agression armée il peut invoquer la légitime défense non seulement pour réagir à l'attaque lancée contre lui, mais aussi, éventuellement, pour supprimer d'autres attaques imminentes de la part de l'agresseur. C'est le *principe de proportionnalité* qui va alors définir l'étendue de la riposte autorisée par le droit⁵⁰, principe dont l'application n'est certainement pas dépourvue d'ambiguïtés⁵¹, mais qui concerne les *modalités d'exercice* de la légitime défense et non les conditions de son invocation. Il faut donc lever toute confusion entre le problème de l'invocation de la légitime défense en cas de simple menace (sans agression effective), et la question de l'étendue de la légitime défense en riposte à un acte d'agression.

B. L'article 51 n'a pas fait l'objet d'une "révision informelle" permettant une nouvelle interprétation

L'article 31§3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise qu'en matière d'interprétation d'un traité : "il sera tenu compte [...] (a) De tout accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l'interprétation du traité... [et] (b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des Parties à l'égard de l'interprétation du traité". Le droit international admet ainsi que, sous certaines conditions, une disposition conventionnelle peut être interprétée dans un sens que le texte initial ne semblait

⁴⁸ Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defense*, Cambridge Univ. Press, 3rd ed., 2002, p. 172.

⁴⁹ Nous pensons notamment à la destruction d'un Airbus civil iranien par le U.S.S. *Vincennes*, le 3 juillet 1988, au-dessus du Golfe persique, qui avait provoqué la mort des 290 personnes se trouvant à son bord. Le croiseur américain, engagé dans le Golfe afin de protéger les navires neutres pendant la guerre Iran-Irak, avait confondu l'Airbus A-300 avec un avion militaire F-14 en train d'attaquer – et l'avait abattu en tirant deux missiles sol-air. Ayant d'abord qualifié cette destruction d'action appropriée de légitime défense, les États-Unis ont ensuite reconnu leur erreur et accepté d'indemniser *ex gratia* les familles des victimes. V. A. LOWENFELD, "The downing of Iran air flight 655 : looking back and looking ahead", *AJIL*, vol. 83, 1989, pp. 336 et ss. et les autres contributions sur la question dans le même numéro.

⁵⁰ Ainsi, d'ailleurs, qu'une intervention éventuelle du Conseil de sécurité, conformément à la lettre de l'article 51.

⁵¹ La question la plus classique qui accompagne l'application du principe de proportionnalité dans ce cas est de savoir à quoi les mesures de légitime défense doivent être "proportionnées". Doit-il y avoir une symétrie parfaite entre les modalités, l'échelle de l'"agression armée", et la réponse à celle-ci ? Ou peut-on mettre l'accent sur le danger global que court l'État victime en acceptant que l'action requise pour stopper et rejeter l'agression puisse prendre des proportions qui ne correspondent pas à celles de l'agression subie ? L'hypothèse que nous évoquons ici (possibilité de supprimer non seulement l'attaque armée en cours mais aussi d'autres attaques "imminentes" qui vont suivre celle-ci) se situe quelque part entre ces deux extrémités du spectre.

pas prévoir, voire de manière "évolutive". Il ne nous appartient pas ici de résoudre le problème de savoir s'il s'agit alors d'une "révision informelle" du traité par le biais d'une interprétation collective ou s'il s'agit plutôt d'une modification de la norme conventionnelle par une norme coutumière nouvelle. Il ne nous appartient pas non plus de définir avec précision les conditions d'une telle modification ni de déterminer si elle exige l'accord de *toutes les parties* à la convention en question. Il nous suffit, pour les besoins de notre analyse, de remarquer qu'en toute hypothèse une telle modification coutumière exige au moins qu'une majorité très large et représentative d'États ait participé à la création de cette nouvelle règle. Or, l'examen de la pratique et de l'*opinio juris* des États depuis la rédaction de l'article 51 ne confirme nullement l'hypothèse d'une "révision" de celui-ci en faveur de la légitime défense "préventive" ou "préemptive". C'est ce que nous allons démontrer en examinant tout d'abord les prises de position *in abstracto* des États (1), puis leur pratique effective (2) et enfin l'interprétation donnée par la CIJ de l'article 51 (3).

*1) Les accords "ultérieurs" des États et d'autres textes officiels
n'autorisent pas une nouvelle interprétation de l'article 51*

Loin de mettre en cause l'interprétation "traditionnelle" de l'article 51, les traités régionaux de sécurité et d'alliance conclus depuis 1945 confirment celle-ci de manière très nette. Ainsi, des traités aussi divers que le Traité interaméricain d'assistance mutuelle de Rio de 1947 (article 3), le traité de Bruxelles de 1948 créant l'UEO (article 4), le Traité de l'Atlantique-nord de 1949 (articles 5 et 7), le défunt Pacte de Varsovie de 1955 (article 4) ou encore le projet de Constitution de l'Union européenne (article III-214§2) subordonnent toujours l'exercice du droit de légitime défense collective à l'existence d'une *agression armée*, en reprenant la formulation de l'article 51 ou en renvoyant directement à cet article.

La notion de légitime défense "préemptive" ou "préventive" ne figure d'ailleurs pas non plus dans les nombreuses résolutions adoptées au sein de l'ONU depuis 1945 qui reprennent et précisent les règles interdisant le recours à la force. A cet égard, il faut rappeler que l'article 2 de la fameuse résolution 3314 intitulée "*Définition de l'agression*" adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1974 ne peut nullement être interprétée comme une reconnaissance implicite de cette notion. Certes, selon cet article, l'emploi de la force en premier fait peser une présomption, mais une présomption simplement réfutable, de perpétration d'un acte d'agression. Selon lui, en effet,

"L'emploi de la force armée en violation de la Charte par un État agissant le premier constitue la preuve suffisante à première vue d'un acte d'agression, bien que le Conseil de sécurité puisse conclure, conformément à la Charte, qu'établir qu'un acte d'agression a été commis ne serait pas justifié compte tenu des autres circonstances pertinentes, y compris le fait que les actes en cause ou leurs conséquences ne sont pas d'une gravité suffisante".

La tentation pourrait être grande de déduire de cette référence aux "circonstances pertinentes" une possibilité légale d'attaque préventive mais en réalité il n'en est rien comme nous allons le constater. Les travaux relatifs à la rédaction de cet

article révèlent en effet que l'objectif de cette phrase, ajoutée sur l'insistance de certains pays occidentaux, était de préserver la marge d'appréciation du Conseil de sécurité qui aurait été sinon gêné par une interprétation trop rigide du principe d'antériorité. Ainsi, par exemple, il semble logique et même souhaitable que le Conseil puisse considérer que certains recours limités à la force, qui n'entrent pas dans les catégories décrites comme des "actes d'agression" par l'article 3 de la résolution 3314, ne méritent pas cette qualification. D'ailleurs, d'après l'article 3 al.(e), un État pourrait utiliser la force armée en premier en toute légalité afin de repousser l'agression constituée par la "prolongation de la présence des forces armées" d'un autre État sur son territoire "au-delà de la terminaison de l'accord" qui avait autorisé cette présence. Il faut enfin rappeler que l'article 6 de la résolution 3314 a pris soin de souligner que "rien dans la présente définition ne sera interprété comme élargissant ou diminuant d'une manière quelconque la portée de la Charte, y compris ses dispositions concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est légitime".⁵²

Des phrases similaires ont d'ailleurs accompagné les autres "grandes" résolutions de l'Assemblée générale qui portent sur le recours à la force, telles que la résolution 2625 ("*Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales...*"), adoptée par consensus le 24 octobre 1970⁵³ ou la résolution 42/22 ("*Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales*"), adoptée sans vote le 18 novembre 1987⁵⁴. Il est donc clair que les différentes tentatives normatives postérieures à la rédaction de la Charte n'ont pas voulu "élargir d'une manière quelconque la portée" de l'article 51 mais plutôt préciser et réaffirmer le *jus contra bellum* tel que consacré par la Charte⁵⁵.

⁵² V. B. FERENCZ, *Defining international aggression*, New York, Oceana, 1975, pp. 31 et s. ; H. MCCOUBREY, N. WHITE, *International law and armed conflict*, Dartmouth, 1992, p. 47; ou encore L.A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées...*, (op. cit.), p. 400, qui souligne que "du reste, les attaques préventives au nom de la «légitime défense» ont été explicitement condamnées par un grand nombre d'États au cours des débats sur la définition de l'agression".

⁵³ Selon le dernier alinéa du premier principe proclamé : "aucune disposition des paragraphes qui précèdent ne sera interprétée comme élargissant ou diminuant de quelque manière que ce soit la portée des dispositions de la Charte concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est licite".

⁵⁴ Selon son art. 13 : "Les États ont le droit naturel de légitime défense individuelle ou collective en cas d'agression armée tel que ce droit est énoncé dans la Charte des Nations Unies".

⁵⁵ A. CASSESE rappelle, à cet égard, qu'en 1980, au cours du débat à l'Assemblée générale des Nations Unies sur le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États, plusieurs États ont confirmé que, aux termes de l'article 51 la légitime défense est justifiée seulement comme réaction à une agression armée en cours. V. A. CASSESE, "Article 51", in J.P. COT, A. PELLET, (dir.), *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1991, pp. 779-780.

2) Les rares invocations de la légitime défense "préventive" ou "préemptive" démentent l'émergence d'une règle nouvelle

Il est intéressant de remarquer que la théorie de la "légitime défense préventive" n'a été invoquée que très rarement pour justifier une action militaire. Les seuls véritables précédents⁵⁶ ne concernent en fait que trois pays: l'Afrique du Sud (à l'époque de l'apartheid), Israël, et les États-Unis. Lors de ces rares invocations, l'argument n'a d'ailleurs jamais été accepté par les autres États qui, au contraire, ont souvent condamné ces attaques.

(1) L'Afrique du Sud a ainsi invoqué un droit "d'action préventive" afin de justifier son intervention armée au Lesotho, accusé d'accorder "refuge à des terroristes qui orchestrent et commettent des actes de sabotage et de violence contre l'Afrique du Sud". Cet argument n'a pas convaincu le Conseil de sécurité qui a qualifié cette intervention d'"acte agressif injustifiable" et "prémédité" qui "constitue une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de ce pays".⁵⁷

(2) En ce qui concerne Israël, deux affaires doivent surtout retenir notre attention. La première est la "guerre des Six Jours" de 1967 et plus précisément l'attaque éclair lancée par Israël le 5 juin 1967 contre l'Égypte. Cette affaire est particulièrement intéressante pour notre analyse car il s'agit de la seule fois où une "menace imminente" a été invoquée pour justifier une opération militaire, ce qui fait que cette affaire a souvent été qualifiée de "cas modèle" d'application et d'acceptation implicite de la théorie de la légitime défense préemptive⁵⁸. Cette affirmation doit pourtant être fortement nuancée à la lumière de trois observations : premièrement, il faut noter que l'argument principal avancé par Israël pour justifier cette attaque n'était pas la légitime défense "préventive", mais plutôt une riposte à une "agression armée" déjà perpétrée par l'Égypte du fait de la fermeture aux navires israéliens du détroit de Tiran (assimilée à un acte de guerre) et, surtout, de plusieurs attaques prétendument lancées par l'aviation, l'artillerie et l'infanterie égyptiennes le matin du 5 juin⁵⁹. Ce n'est que plus tard

⁵⁶ Le mot "véritables" mérite d'ailleurs d'être nuancé dans la mesure où, dans la plupart des cas, l'argument de la légitime défense préventive est précédé d'autres arguments, comme, surtout, celui de l'existence d'une légitime défense "classique", en réponse à une "agression", directe ou indirecte. Comme l'a écrit à juste titre C. GRAY, *International Law and the use of force*, Oxford Univ. Press, 2000, p. 112 : "In practice [States] prefer to take a wide view of armed attack rather than openly claim anticipatory self-defence. It is only where no conceivable case can be made for this that they resort to anticipatory self-defence. This reluctance expressly to invoke anticipatory self-defence is in itself a clear indication of the doubtful status of this justification for the use of force".

⁵⁷ S/RES 527 du 15 décembre 1982. Cf. aussi S/PV.2409 du 16 décembre 1982.

⁵⁸ Par ex. C. GREENWOOD, *International Law and the pre-emptive use of force : Afghanistan, Al-Qaida and Iraq*, *San Diego Int'l Law Journal*, vol. 4, 2003, p. 14 et la bibliographie qui y est citée.

⁵⁹ Pour un rappel détaillé des arguments avancés par Israël devant le Conseil de sécurité et d'autres organes, voir Q. WRIGHT, "Legal aspects of the Middle East situation", *Law & Contemporary Problems*, vol. 33, 1968, pp. 9 et 26 et ss. ; I. POGANY, *The Security Council and the Arab-Israeli conflict*, Gower, England, 1984, pp. 91 et s. et J. QUIGLEY, *Palestine and Israel : a challenge to justice*, Duke Univ. Press, Durham, 1990, pp. 163 et s.

qu'Israël a reconnu avoir frappé le premier en "anticipant" une "attaque imminente" de l'Égypte. Deuxièmement, il faut souligner que plusieurs sources officielles, y compris israéliennes, ont admis ultérieurement que l'Égypte n'avait pas l'intention d'attaquer Israël⁶⁰. Enfin, et c'est sans doute la remarque la plus importante pour notre analyse, les débats au sein du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale ne témoignent d'aucune approbation de la théorie de la légitime défense "préemptive" qui a, au contraire, été repoussée par plusieurs États⁶¹. Et si, pour des raisons diverses, l'attaque d'Israël n'a pas été condamnée directement par ces organes, on peut dire, pour paraphraser le Général de Gaulle, que celui qui a utilisé le premier la force des armes n'a certainement eu ni leur approbation ni leur appui.

La seconde affaire qui concerne Israël est aussi très intéressante car il s'agit, cette fois-ci, d'un cas "pur" d'invocation de la légitime défense préventive, à savoir la destruction, par l'aviation israélienne, du réacteur nucléaire irakien Osiraq, le 7 juin 1981. Devant le Conseil de sécurité, l'auteur de l'attaque a soutenu qu'il avait le droit d'éliminer la menace qu'aurait constituée la mise en service de ce réacteur destiné, selon lui, à produire des armes nucléaires qui auraient eu pour cible Israël. Le Conseil de sécurité des Nations Unies a fermement condamné cette attaque dans sa résolution 487 du 19 juin 1981, en la qualifiant de "violation flagrante de la Charte des Nations Unies et des normes de conduite internationale". Toutefois, certains auteurs ont soutenu que le Conseil de sécurité n'avait pas rejeté le droit de légitime défense préventive en tant que tel, mais avait plutôt considéré que les conditions d'exercice de ce droit n'étaient pas réunies en l'espèce : il n'existait, en l'occurrence, aucune menace d'"agression armée" imminente de la part de l'Irak, et la destruction d'un réacteur qui n'était même pas opérationnel au moment de l'attaque était donc contraire au droit international. Pour ces auteurs, la résolution 487 (et le débat qui l'a précédée) devait être lue, non comme une condamnation de la légitime défense préventive, mais comme une contribution casuistique à la détermination des conditions de son application⁶².

⁶⁰ Le Général Rabin a déclaré, par exemple : "I do not believe that Nasser wanted war. The two divisions he sent into Sinai on May 14 would not have been enough to unleash an offensive against Israel. He knew it and we knew it". Pour cette déclaration et autres sources officielles v. J. QUIGLEY, *Palestine...*, *id.*, pp. 164 et s. ou A. IMSEIS, "On the fourth Geneva Convention and the occupied palestinian territory", *Harvard Int'l L.J.*, vol. 44, 2003, p. 80.

⁶¹ Cf. J. QUIGLEY, *Palestine...*, *id.*, p. 165 ou S. ALEXANDROV, *Self-defense against the use of force in international law*, Kluwer, The Hague, 1996, p. 154.

⁶² Voir surtout L.R. BERES, "Preserving the third temple : Israel's right of anticipatory self-defense under international law", 26 *Vand. J. Transnat'l L.*, 1993, pp. 111 et ss. ; A. D'AMATO, "Israel's air strike against the Osiraq reactor : A retrospective", 10 *Temple Int'l & Comp. L. J.*, 1996, pp. 261 et ss. ; M. SCHARF, "Clear and present danger : enforcing the international ban on biological and chemical weapons through sanctions, use of force and criminalization", 20 *Michigan J. Int'l L.*, 1999, pp. 492-493. Pour certains de ces auteurs, d'ailleurs, le Conseil de sécurité s'est tout simplement trompé en condamnant Israël car "now the general consensus is that it was a lawful and justified resort to unilateral, preemptive action" (M. REISMAN, "International legal responses to terrorism", 22 *Houston Journal of International Law*, 1999, p. 18). Un livre de 339 pages a aussi été rédigé pour

L'argument n'est guère convaincant. Certes, la condamnation de l'attaque du réacteur d'Osiraq ne doit pas automatiquement être lue comme une sanction de la théorie de la légitime défense préventive, mais il serait pour le moins paradoxal d'y voir une confirmation de sa positivité ! Les débats au sein du Conseil de sécurité montrent d'ailleurs que plusieurs États ne se sont pas contentés d'une simple constatation de l'inexistence matérielle des faits et ont directement condamné la théorie elle-même, qualifiée d'"inadmissible", d'"inacceptable", de "contraire à l'esprit et la Charte et aux buts et principes de l'Organisation" ou de "définitivement abolie par la Charte des Nations Unies"⁶³. On ne peut donc certainement pas en déduire l'émergence d'une *opinio juris* en faveur d'une règle nouvelle⁶⁴.

(3) Les "précédents" concernant les États-Unis confirment cette conclusion. On cite ainsi souvent la "quarantaine de Cuba" de 1962 comme une pratique allant dans le sens de la reconnaissance de la légitime défense préventive⁶⁵. Mais, en réalité, les États-Unis n'ont jamais invoqué cette théorie dans cette affaire, préférant s'appuyer sur l'article 52 de la Charte. Le Conseiller juridique du *State Department* a d'ailleurs écrit plus tard que l'invoque de cette théorie avait été volontairement écartée car jugée trop dangereuse⁶⁶.

En revanche, l'argument de la légitime défense préventive a été invoqué par les États-Unis afin de justifier leurs tirs de missiles au mois d'août 1998 contre l'usine Al-Shifa située à Khartoum au Soudan. Dans une lettre adressée au Conseil de sécurité, l'Ambassadeur américain auprès des Nations Unies, Bill Richardson, a ainsi soutenu que l'usine produisait clandestinement des armes chimiques pour le compte d'Al-Qaida et que cette attaque était donc nécessaire afin de "*deter and prevent the repetition of unlawful terrorist attacks on the United States and other countries*"⁶⁷. Comme dans l'affaire de la destruction par Israël du réacteur Osiraq, cette attaque a fait l'objet de vives critiques de la part

plaider dans ce sens : T. McCORMACK, *Self-defense in international law – The Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor*, St. Martin's Press/New York, The Magnes Press/Jerusalem, 1996, 339 p.

⁶³ V. par exemple les positions du Mexique, de la Syrie, de l'Espagne, du Guyana, de l'Algérie, de l'Inde, de l'Irlande, du Pakistan ou de la Yougoslavie in S/PV.2280-2288 (12-19 juin 1981).

⁶⁴ La conclusion que Jean Combacau avait formulée en 1986 à propos de l'attaque d'Osiraq reste donc aujourd'hui entièrement pertinente : "*Certainly no legal régime of anticipatory self-defence can be inferred from such a limited and equivocal body of precedent*" (J. COMBAU, "The exception of self-defence in UN practice", in A. CASSESE, (ed.), *The current legal regulation of the use of force*, Martinus Nijhoff, 1986, p. 25).

⁶⁵ La référence classique est M.S. McDUGAL, "The Soviet-Cuban quarantine and self-defense", 57 *A.J.I.L.*, 1963, pp. 597 et ss. Pour une analyse contemporaine, v. T. McCORMACK, *Self-defense...*, *op. cit.*, pp. 213-226.

⁶⁶ "The commonly held view was that such a claim would set a dangerous precedent. A US claim to be acting in anticipatory self-defense might tempt other States to rely on the same doctrine as a cloak to justify any unilateral use of force". Avis du Professeur Chayes cité par T. McCORMACK, *Self-defense...*, *op. cit.*, p. 222.

⁶⁷ Voir la *Lettre adressée par le représentant permanent des États-Unis à l'ONU au Président du Conseil de sécurité*, S/1998/760, du 20 août 1998.

de la communauté internationale (faute d'une condamnation officielle par le Conseil de sécurité)⁶⁸.

L'intervention militaire en Irak, en mars 2003, confirme, enfin, que la majorité écrasante des États n'est nullement disposée à accepter la doctrine de "légitime défense préventive". Pour nous limiter aux seuls débats au sein du Conseil de sécurité (beaucoup plus "diplomatiques" que les prises de position individuelles), on peut observer une opposition massive au recours unilatéral à la force et une réaffirmation du rôle central du Conseil de sécurité et du multilatéralisme en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Ceci est manifeste tant dans les débats qui ont précédé l'attaque du 20 mars⁶⁹, que dans ceux qui l'ont suivie, plusieurs États qualifiant l'attaque d'"agression armée"⁷⁰ et d'autres soulignant que la doctrine de la légitime défense préventive était inacceptable et dangereuse, sans faire d'ailleurs de distinction avec la légitime défense "préemptive"⁷¹.

(4) Il est vrai que dans le nouveau contexte de la "guerre contre le terrorisme", certains États ont pu parfois donner l'impression d'être séduits par le chant des sirènes louant la prétendue légitimité d'une action "préemptive" ou "préventive". En décembre 2002, l'Australie a ainsi affirmé son droit de frapper préventivement des terroristes sur le sol des États voisins⁷². En février 2003, c'est

⁶⁸ Pour un résumé de ces réactions voir, par exemple, C. LYNCH, "Allied doubts grow about US strike on Sudanese plant", *The Boston Globe*, 24 septembre 1998. Dans une lettre au Conseil de sécurité (S/1998/789 du 21 août 1998) la Ligue des États arabes qualifie l'attaque comme une "agression". Toutefois, une fois encore, certains ont cru pouvoir soutenir que les critiques ne visaient pas le droit de légitime défense préventive mais plutôt l'absence de réunion des conditions de sa mise en oeuvre et, plus spécifiquement, l'absence de preuve montrant que l'usine était réellement impliquée dans des activités clandestines. V. M. SCHARF, "Clear and present danger...", *op. cit.*, pp. 493-495.

⁶⁹ Voir, par exemple, in S/PV.4709 du 18 février 2003 les interventions des pays suivants : Afrique du Sud (p. 3), Cuba (p. 11 et s.), Iran (p. 13), Algérie (p. 14), Jordanie (p. 17), Gambie (citant les résolutions de l'Union africaine p. 19), Vietnam (p. 24), Pérou (p. 25), Ligue des États arabes (p. 27), Yémen (p. 32), Soudan (p. 35), Sainte-Lucie (citant une déclaration des chefs de gouvernement de la Communauté des Caraïbes, p. 37), Bélarus (p. 37), Inde (p. 38).

⁷⁰ Voir, par exemple, in S/PV. 4726 du 26 mars 2003 la déclaration faite au nom du Mouvement des pays non alignés (composé de 115 États) par la Malaisie (p. 7) ou celle faite par la Ligue des États arabes (p. 9). Un très grand nombre d'autres pays a condamné l'intervention militaire à titre individuel.

⁷¹ V., entre autres, la position de Cuba (S/PV.4709, p. 12), de la Malaisie (S/PV.4709[*Resumption* I]), p. 10, du Yémen (S/PV. 4726, p. 15), du Vietnam (*id.*, p. 35) de l'Iran (*id.*, p. 36) ou du Liban (*id.*, p. 39).

⁷² La justification avancée par R. Hill, Ministre de la défense de l'Australie, a été que : "anticipatory self-defence has always been accepted as legitimate within the UN Charter. [...] You don't have to wait until you're hit first". V. J. KERIN, "Hill push to legalise first strike", *The Weekend Australian*, 7 décembre 2002. V. aussi les déclarations du Premier Ministre australien John Howard selon qui : "If you believed that somebody was going to launch an attack against your country, either of a conventional kind or a terrorist kind and you have the capacity to stop it and there was no alternative other than to use that capacity, then of course you would have to use it". V. P. COOREY, "First strike on foreign threat, vows Howard", in *Hobart Mercury (Australia)*, 2 décembre 2002.

le Japon qui a menacé de frapper préventivement la Corée du Nord⁷³. Et en septembre 2004, après la tragédie de Beslan, la Russie s'est dite prête à procéder à des frappes préventives "pour liquider les bases terroristes dans n'importe quelle région du monde"⁷⁴.

Pour autant, ces déclarations n'ont certainement pas pu mettre en cause l'analyse qui précède sur l'article 51 et ceci pour au moins deux raisons. Premièrement, les déclarations des États précitées rapportées par les médias ne semblent pas toujours confirmer avec netteté une adhésion de ces États aux doctrines "préemptives" ou "préventives"⁷⁵. Deuxièmement, et surtout, même si l'on acceptait qu'une poignée d'États a été séduite par le discours sur la "légitime défense préventive" ceci ne suffit certainement pas à constituer une pratique "très large et représentative" capable de remplacer la règle consacrée par l'article 51 de la Charte. Au contraire même, les réactions négatives d'un grand nombre d'États aux déclarations précitées semblent démontrer l'attachement des États à l'article 51 de la Charte⁷⁶.

3) La jurisprudence de la CIJ reste fidèle à l'exigence de l'existence d'une "agression armée"

Nous avons déjà vu (*supra*, IA(b)) comment la C.I.J. a souligné, dans son arrêt du 27 juin 1986 rendu dans l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, que le droit coutumier de légitime défense "ne peut être exercé que si

⁷³ V. R. BEESTON, « Nervours Japan tells North Korea it will strike first », *The Times*, 14 février 2003 ; et S. GREEN, "Japan debates a first-strike defence", *Sunday Age (Melbourne)*, 22 mai 2003.

⁷⁴ Le nouveau chef-d'état major russe, le général Iouri Baluyevsky, a déclaré le 8 septembre 2004 à la presse : "As for carrying out preventive strikes against terrorist bases, we will take all measures to liquidate terrorist bases in any region of the world". Cf. S. MYDANS, "Pre-emptive strikes by Russia ?", *International Herald Tribune* du 9 septembre 2004 et AFP, "La Russie se dit prête à frapper les terroristes dans «n'importe quelle région» du monde", *Le Monde* du 10 septembre 2004.

⁷⁵ Ainsi, par exemple, les déclarations de Shigeru Ishiba, Ministre japonais de la défense, semblent plutôt s'inscrire dans une logique "élargie" de légitime défense "interceptive". Selon lui : "If a missile flies towards Japan, it is too late. Our nation will use military force as a self-defence measure if North Korea starts to resort to arms against Japan. Japan would regard the loading of fuel on a ballistic missile aimed at Japan as a justification for attack". L'agence Reuter ajoute que M. Ishiba "said that this would be purely an act of self-defence and rejected the accusation that Tokyo would be taking action «pre-emptively»" (cité in R. BEESTON, "Nervours Japan...", *loc. cit.*). On peut aussi se demander si une réponse en quelques mots du nouveau chef-d'état major russe à une question d'un journaliste suffit à prouver l'adhésion de la Russie à la doctrine de légitime défense préventive. Il convient aussi d'observer que les déclarations du Premier Ministre australien et de son Ministre de la défense sont plutôt formulées en termes de proposition de *lege ferenda*, ces deux personnes acceptant l'interprétation selon laquelle l'article 51 exige l'existence d'une agression armée. M. Howard a ainsi déclaré que : "article 51 of the United Nations Charter defining self-defence urgently needed upgrading" (v. P. COOREY, "First strike on foreign threat, vows Howard", in *Hobart Mercury (Australia)*, 2 décembre 2002) tandis que son Ministre, M. Hill, a soutenu que : "international law governing the right to self-defence should be expanded to allow pre-emptive strikes on terrorist groups" (v. J. KERIN, "Hill urges change to allow a first strike", *The Australian*, 29 novembre 2002).

⁷⁶ Les déclarations australiennes ont, par exemple, provoqué un tollé parmi les pays de la région du sud-est asiatique qui ont catégoriquement nié l'existence d'un droit de légitime défense préventive. Voir entre autres : R. MAYNARD, "Australian "first strike" talk upsets region", *The Times*, 2 décembre 2002 et R. CASSIN, "Howard takes the prize for pre-emption non-sense", *Sunday Age (Melbourne)*, 8 décembre 2002.

l'État intéressé a été victime d'une agression armée". La jurisprudence récente de la Cour confirme que l'article 51 doit toujours être lu comme exigeant une agression effective et qu'aucune "révision informelle" de celle-ci n'a eu lieu. Ainsi, dans son avis consultatif du 9 juillet 2004 concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* la Cour a souligné que :

"L'article 51 de la Charte reconnaît [...] l'existence d'un droit naturel de légitime défense **en cas d'agression armée par un État contre un autre État**"⁷⁷.

De manière tout aussi claire, la Cour a eu l'occasion de souligner, dans son arrêt du 6 novembre 2003 rendu dans l'Affaire des *Plates-formes pétrolières (République Islamique d'Iran c. Etats-Unis)*, que :

"pour établir qu'ils étaient en droit d'attaquer les plates-formes iraniennes dans l'exercice du droit de légitime défense individuelle, les États-Unis **doivent démontrer qu'ils ont été attaqués** et que l'Iran était responsable des attaques, et que celles-ci étaient de nature à être qualifiées d'«agression armée» **tant au sens de l'article 51 de la Charte des Nations Unies que selon le droit coutumier en matière d'emploi de la force**"⁷⁸.

CONCLUSION

Nous avons essayé de démontrer que le droit international positif d'aujourd'hui n'accueille pas la légitime défense anticipative, que ce soit sous sa forme "préventive" ou "préemptive". Ceci ne signifie pas pour autant qu'un État qui considère être l'objet d'une menace, "imminente" ou non, soit complètement dépourvu de moyens légaux de protection. Cet État peut, tout d'abord, recourir à toutes les mesures pacifiques de pression et de dissuasion conformes au droit international. Il peut aussi saisir le Conseil de sécurité qui peut autoriser une action militaire ou adopter toute autre mesure nécessaire pour éliminer une menace à la sécurité internationale⁷⁹. Dans le contexte de la lutte contre le

⁷⁷ § 139 de l'avis. Nous soulignons.

⁷⁸ Par. 51 de l'arrêt. Nous soulignons. Cf. aussi le § 57 où la Cour souligne qu'il revient aux États-Unis de prouver l'existence d'une agression. Il convient de rappeler, d'ailleurs, que dans cet arrêt la Cour a considéré (reprenant une distinction déjà faite dans son arrêt de 1986 dans l'affaire des *Activités militaires...*) que certains incidents armés dénoncés par les États-Unis (tirs contre des hélicoptères, mouillage de mines, etc.) n'avaient pas une gravité suffisante pour être qualifiés d'"agression armée" et justifier le recours à des mesures de légitime défense (v. le § 64 de l'arrêt ainsi que les §§ 12 et ss. de l'opinion individuelle du Juge Simma). Si donc même certaines actions militaires ne sont pas capables de permettre le déclenchement de l'article 51, on pourrait se demander comment ce déclenchement serait possible en cas d'absence totale d'action militaire (comme c'est le cas en cas de simple "menace").

⁷⁹ Voir, sur ce point, les recommandations du "Groupe des personnalités" de l'ONU qui fait l'effort de définir "cinq critères fondamentaux de légitimité" que le Conseil doit prendre en considération avant de décider un tel recours à l'action militaire. (*op. cit.*, p. 94)

terrorisme, il peut chercher à établir une coopération avec les États, sur le sol desquels se cachent les terroristes, coopération qui peut, sous certaines conditions, aller jusqu'à une opération policière ou militaire conjointe pour éliminer les menaces.

Par ailleurs, se référant aux travaux de la Commission de droit international et de son Rapporteur R. Ago sur l'état de nécessité, nous avons pu, dans un article paru en 2004⁸⁰, poser la question de savoir si certaines formes de recours "limité" à la force, qui se trouvent en-dessous du seuil d'une agression armée, telles que "certaines incursions faites en territoire étranger pour y prévenir l'action préjudiciable d'un groupe armé se préparant à attaquer le territoire de l'autre État" ou "pour sauvegarder la vie de nationaux" ou "pour éliminer ou neutraliser une source de fléaux menaçant de se produire ou de s'étendre au-delà des frontières"⁸¹, pourraient ne pas constituer une violation du *jus cogens* et être éventuellement justifiées par l'argument de l'état de nécessité. Si l'analyse que nous avons alors menée nous a permis de constater un très grand nombre de "limites à une telle tentative", elle nous a aussi conduit à la conclusion provisoire que "l'on ne pourrait peut-être pas exclure complètement, sans davantage de recherche, l'hypothèse de l'invocation de l'état de nécessité comme circonstance excluant (ou plutôt atténuant) la responsabilité d'un État qui entreprend une action coercitive préventive limitée, dans le cadre très circonscrit que nous avons décrit"⁸². Cet appel à "davantage de recherche" a été entendu par Olivier Corten qui, dans un long article fort documenté, arrive à la conclusion que "la prohibition du recours à la force représente un régime juridique qui n'admet pas d'échappatoire" et que "l'état de nécessité ne peut donc être invoqué que pour des opérations coercitives qui ne s'avèreraient pas contraires à l'interdiction de la menace ou du recours à la force au sens de l'article 2§4 de la Charte"⁸³.

Mais pour revenir à la question de la légitime défense "préemptive" et "préventive", il faut poser une dernière question qui concerne, cette fois-ci, la *lex ferenda* : une évolution du droit est-elle souhaitable dans ce domaine pour "réviser" l'article 51 en donnant aux États un droit de légitime défense en cas de simple "menace" ? Nous craignons que, loin d'être bénéfique, une telle évolution serait lourde de menaces pour la sécurité internationale et risquerait d'ouvrir l'outre d'Éole en libérant des forces incontrôlables. Les "menaces" appréciées subjectivement donneraient naissance à des interventions décidées unilatéralement et, aux risques de telles interventions, répondraient d'autres actions "anticipatives" avec pour seule certitude l'escalade de la violence et la

⁸⁰ T. CHRISTAKIS, "Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive ?", *op. cit.*, pp. 28-45.

⁸¹ Phrases de R. Ago in *Additif au huitième rapport de R. Ago sur la responsabilité des États*, *Annuaire de la CDI*, 1980, Vol. II (Partie I), p. 38, § 56.

⁸² T. CHRISTAKIS, "Vers une reconnaissance...", *op. cit.*, p. 44.

⁸³ O. CORTEN, "L'état de nécessité peut-il justifier un recours à la force non constitutif d'agression ?", *The Global Community Yearbook*, 2004 (à paraître).

"pistolérisation"⁸⁴ des relations internationales. Loin de rendre le monde du XXI^{ème} siècle "plus sûr", on le condamnerait à un retour au XIX^{ème} siècle et à la politique de la canonnière. Mais que l'on se rassure, tous ceux qui regardent les westerns le savent bien : *"good guys don't draw first"*.

⁸⁴ L'expression appartient à R. KOLB, *Ius contra bellum...*, *op. cit.*, p. 195.

OCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

JOURNEE FRANCO-TUNISIENNE

**Les métamorphoses
de la
sécurité collective**

**droit, pratique
et
enjeux stratégiques**

Paris
EDITIONS A. PEDONE
13 rue Soufflot

2005

