

Mémoire de Master
Janvier 2016
Droit international Public
Université de Lausanne

Giulia Persoz
Avenue de la Dôle 19
1005 Lausanne
+41798351535

Légitime défense et acteurs non étatiques :

évolution en droit international et impact sur la neutralité suisse ?

Sous la direction du Prof. Andreas Ziegler

Remerciements

La rédaction du présent travail n'aurait pas été possible sans le soutien de certaines personnes. A ce titre, je tiens à remercier : le Prof. Andreas Ziegler pour la confiance et la liberté accordée dans le choix d'un sujet politiquement sensible et juridiquement incertain ; les collaborateurs avec lesquels j'ai eu l'occasion d'échanger sur le sujet dans le cadre de mon travail au sein de la Direction du Droit International Public au Département des Affaires Etrangères (en particulier Sonia Wanner, Christine Löw et Sandra Caluori) ; ainsi que mon frère, Dimitri Persoz (*LLM researcher at European University Institute*) pour sa relecture attentive.

Table des matières

1. Introduction.....	5
2. La légitime défense.....	6
2.1. Historique.....	6
2.1.1. Le recours à la force légal.....	6
2.1.2. Le Pacte Briand-Kellogg.....	7
2.1.3. La Charte des Nations Unies.....	8
2.1.4. Un droit en constante évolution.....	9
2.2. La légitime défense dans le cadre de la Charte des Nations Unies.....	10
2.2.1. L'interdiction générale du recours à la force.....	10
2.2.1.1. La notion de « force ».....	11
2.2.1.2. L'usage de la force.....	11
2.2.1.3. Emploi indirect de la force.....	12
2.2.1.4. Menace de la force.....	13
2.2.1.5. Emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.....	13
2.2.2. Les exceptions à l'interdiction du recours à la force.....	13
2.2.2.1. L'invitation à l'intervention militaire.....	14
2.2.2.2. Mesures coercitives du Conseil de sécurité.....	14
2.2.2.3. La légitime défense.....	15
2.2.3.1. Agression armée.....	16
2.2.3.2. Nécessité, proportionnalité et immédiateté.....	16
2.2.3.3. Mesures du Conseil de sécurité.....	18
2.2.3.4. Légitime défense collective.....	18
2.2.3.5. Complémentarité du droit conventionnel et coutumier de la légitime défense.....	19
2.2.3. Conclusion intermédiaire.....	21
3. Légitime défense et acteurs non étatiques.....	22
3.1. Acteur non étatique : une définition.....	23
3.2. Potentielles situations d'application de l'article 51 en cas d'agression armée par un acteur non étatique.....	25
3.2.1. L'agression armée indirecte.....	25
3.2.2. L'acteur non étatique comme source autonome de l'agression armée.....	26
3.2.2.1. « Harboring State ».....	27
3.2.2.2. « Unable or unwilling State ».....	27
3.3. Interprétation de l'article 51 de la Charte en cas d'agression armée par un acteur non étatique.....	29
3.3.1. Interprétation littérale.....	29
3.3.2. Interprétation systématique.....	29
3.3.3. Interprétation téléologique.....	30
3.4. Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice.....	30
3.4.1. Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua.....	30
3.4.2. Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé.....	32
3.4.3. Activités armées sur le territoire du Congo.....	33
3.5. Doctrine.....	34
3.5.1. Le premier courant: l'attribution à un Etat.....	35
3.5.2. Le deuxième courant: responsabilité non-étatique.....	37
3.6. Pratique étatique.....	39
3.7. Conclusion intermédiaire.....	41
4. Et la Suisse ?.....	44
4.1. Droit de la neutralité.....	44
4.1.1. La neutralité en droit international.....	44
4.1.1.1. Droits et obligations des Etats neutres.....	45

4.1.1.2. Conditions d'application du droit de la neutralité.....	46
4.1.1.3. Relation avec la Charte des Nations-Unies	47
4.1.2. La neutralité suisse.....	48
4.1.2.1. Cadre légal.....	48
4.1.2.2. Définition du conflit armé international en droit suisse de la neutralité.....	49
4.1.2.3. Distinction droit et politique de neutralité.....	49
4.2. Neutralité et légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques: quid?.....	50
4.3. Conclusion intermédiaire.....	52
5. Conclusion.....	53
6. Bibliographie.....	54

1. Introduction

Le 13 novembre 2015, à Paris, des attentats font plusieurs dizaines de morts, plongeant la France dans l'état d'urgence. Depuis 2014, le journal français Le Monde recense pas moins de 80 attentats attribués à l'Etat islamique dans 20 pays différents¹. Si l'Etat islamique est l'un des acteurs du terrorisme international les plus emblématiques actuellement, d'autres acteurs non étatiques comme le Hezbollah au Liban ou encore Boko Haram au Nigeria occupent aussi la scène internationale.

Les circonstances factuelles du recours à la force sont en pleine mutations. Des conflits entre Etats voisins du siècle dernier, les guerres sont désormais dirigées contre des acteurs privés, oubliés par le droit international du recours à la force. Insurgés, terroristes, narco-trafiquants ou encore seigneurs de guerre, les acteurs non étatiques ont désormais des moyens financiers, de communication et d'organisation leur permettant de commettre des agressions armées sur le territoire d'autres Etats.

Le cadre légal entourant le recours à la force armée par les Etats a-t-il évolué pour s'adapter à ces nouvelles circonstances ? Plus précisément, les Etats victimes de ces acteurs non étatiques ont-ils la possibilité de recourir à la force pour défendre leur territoire et leur population ? Si tel est le cas, à quelles conditions cette légitime défense est-elle invocable ? Quels sont les impacts d'une potentielle évolution pour la Suisse ?

Le présent travail cherche à répondre à ces questions en plongeant dans un premier temps dans les racines historiques du droit à la guerre et en délimitant le cadre légal applicable (voir *infra* 2), puis en examinant la jurisprudence, la doctrine et la pratique étatique topique (voir *infra* 3). Dans un deuxième temps, le travail portera sur l'impact qu'une potentielle évolution du droit à la légitime défense peut avoir sur la Suisse. Cette analyse se focalisera sur l'une des particularités de la Suisse, influençant toutes ses relations extérieures, à savoir sa neutralité permanente (voir *infra* 4).

¹ « Les attentats de l'Etat islamique : 20 pays, 18 mois, plus de 1 600 morts », Le Monde, 25 novembre 2015, http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/visuel/2015/11/25/les-actes-terroristes-de-l-etat-islamique-ont-fait-plus-de-1-600-morts-depuis-la-proclamation-du-califat_4817362_4355770.html (consulté le 3 janvier 2015).

2. La légitime défense

Le droit à la légitime défense est l'une des composantes principales du droit à la guerre – le *ius ad bellum*. Il se définit comme le « droit de réaction armée dont dispose à titre individuel ou collectif, tout Etat qui a été victime d'une agression armée. »²

Le droit relatif à la légitime défense ne peut être dissocié des règles entourant l'interdiction du recours à la force. Afin de mieux circonscrire et comprendre le sujet du présent travail, il est nécessaire de tracer un bref historique du statut légal du recours à la force avant d'aborder brièvement les règles actuelles contenues dans la Charte des Nations Unies.

2.1. Historique

Que ce soit dans une logique de conquête ou inspiré par d'autres idéaux, la guerre est une constante dans l'histoire des civilisations. Cependant, l'interdiction du recours à la force, et par conséquent la réglementation de la légitime défense, est un phénomène relativement récent, dû notamment à l'évolution des techniques de guerre et à l'augmentation de leur potentiel destructeur. En effet, de nos jours, la guerre menace la survie de l'humanité – ou du moins la survie de son stade de développement civil, culturel et technologique actuel : la prévention de la guerre est devenue le problème principal des relations internationales³.

2.1.1. Le recours à la force légal

Avant le vingtième siècle, il n'existait aucune norme interdisant le recours à la force en droit international public⁴. Ce droit à la guerre était considéré comme inhérent à la souveraineté d'un Etat⁵. Malgré l'absence d'interdiction du recours à la force, la légitime défense était utilisée comme justification à la guerre, non pas légale, mais politique⁶. En conséquence, un Etat pouvait déclarer la guerre à un autre Etat, sans justification légale⁷.

² Jean Salmon (ed), *Dictionnaire de droit international public* (Bruylant/AUF, 2001), p.642.

³ Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, et Andreas Paulus (eds), *The Charter of the United Nations: a Commentary* Vol. I (Second Edition) (Oxford University Press, 2011), p. 114.

⁴ Ibid, p.114 – 115.

⁵ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Third Edition) (Cambridge University Press, 2001), p.71.

⁶ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.789.

⁷ Ibid, p.114 – 115.

Cependant, l'absence de règles contraignantes interdisant le recours à la force n'exclut pas toute forme de cadre. Des penseurs et théologiens vont, au cours des siècles, développer la théorie de la *bellum iustum* - la guerre juste.

La distinction entre la guerre « juste » et la guerre « injuste » remonte aux rois de la Rome ancienne. A cette époque, une guerre n'est considérée comme juste que si elle est précédée par une demande de dédommagement, puis, si celle-ci n'est pas satisfaite, par une déclaration formelle d'entrée en guerre⁸. La doctrine de la guerre juste ne disparaît pas avec le droit de la Rome ancienne. Sous le règne de dirigeants païens, la religion chrétienne se veut pacifique et condamne les opérations militaires. Cependant, lorsque le christianisme devient religion d'Etat, la conception de la guerre change pour servir les intérêts de celui-ci⁹. Saint Augustin va reprendre la doctrine des rois romains, et, tout en condamnant la guerre, il reconnaît la nécessité des guerres justes¹⁰.

La doctrine de la guerre juste va cependant se confronter à un problème majeur lors de la création du droit international. Si les théologiens se référaient en cas de problème d'application de la théorie de la guerre juste à l'Eglise, la sécularisation du droit international et l'absence d'autorité impartiale permettant de juger de la justesse de la guerre met en échec la théorie : en ces circonstances, une guerre peut en effet être qualifiée de juste de chaque côté, créant ainsi une impasse¹¹.

Au dix-neuvième siècle, la distinction entre guerre juste et injuste, discréditée, est abandonnée. Les Etats utilisent encore la rhétorique manichéenne de la guerre juste lorsqu'ils entreprennent des actions militaires comme instrument politique envers la communauté internationale et leur population, cependant celle-ci n'a aucune incidence légale.

2.1.2. Le Pacte Briand-Kellogg

Les Conférences internationales de la Paix tenues à la Haye en 1899 et 1907 marquent les prémises d'un changement de paradigme. Bien que ne l'interdisant pas *per se*, elles tentent de régler les modalités du recours à la force. Les Conventions qui en sont issues obligent les Etats parties à recourir autant que les circonstances le permettent aux bons offices et à la médiation pour résoudre un conflit, et si cela ne suffit pas, elles obligent les Etats à donner un avertissement avant

⁸ Dinstein, note n°5, p.59.

⁹ Ibid, p.60.

¹⁰ Ibid, p.60, citant St Augustin, *De Civitate Dei contra Paganos*, Livre XIX, §VII.

¹¹ Ibid, p.62.

de commencer les hostilités¹². Une décennie plus tard, le Pacte de la Société des Nations, signé le 28 juin 1919, continue sur la lancée des Conventions de la Haye. Le cadre légal de la guerre devient plus strict, mais ne rend toujours pas la guerre elle-même illégale¹³.

Le véritable point tournant sera la signature du Pacte Briand-Kellogg, le 27 août 1928, à Paris. Pour la première fois, une interdiction générale du recours à la force est écrite dans un accord international¹⁴. Bien que le Pacte ne le prévoit pas explicitement, cette interdiction souffre une exception : l'exercice de la force dans le cadre de la légitime défense¹⁵. La plupart des Etats existants à cette période ont ratifié le traité dans les années suivant sa signature. Les règles du Pacte ont par la suite acquis le statut de droit international coutumier.¹⁶

Cependant, bien que révolutionnaire, le Pacte de Briand-Kellogg n'est pas suffisant : d'une part, il ne prévoit aucun régime de sanction en cas de violation des principes contenus dans le Pacte, d'autre part, l'interdiction du recours à la force ne concerne que les situations de guerre – terme juridiquement plus restreint – et non tout usage de la force – terme juridiquement plus large¹⁷. Malgré ces faiblesses, le nouveau cadre légal restreint l'usage de la force, et la légitime défense, comme seule exception, prend de plus en plus d'importance.

2.1.3. La Charte des Nations Unies

Après la deuxième Guerre Mondiale, la communauté internationale, consciente de l'échec de la Société des Nations, a besoin d'un moyen d'assurer la possibilité d'une action collective des Etats contre les menaces à la stabilité internationale et à l'ordre international, en particulier pour prévenir de futures agressions d'un Etat contre un autre¹⁸. L'organisation des Nations Unies est créée sur les vestiges de la Société des Nations. La Charte des Nations-Unies (ci-après « la Charte »), à son article 2(4), consacre le principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations entre Etats, et prévoit explicitement deux exceptions : les mesures du Conseil de

¹² Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.115.

¹³ Dinstein, note n°5, p.76.

¹⁴ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.116.

¹⁵ Ibid, p.789.

¹⁶ Ibid, p.116.

¹⁷ Ibid, p.116.

¹⁸ Ibid, p. 3.

sécurité en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression¹⁹ et la légitime défense²⁰.

Comparé au Pacte Briand-Kellogg, l'article 2(4) de la Charte pose une interdiction plus étendue du recours à la force. En effet, celle-ci ne se limite pas à l'usage de la force en cas de guerre, mais comprend même la simple menace d'emploi de la force²¹. De plus, un système de sanctions collectives est prévu en cas de violation de la Charte²².

Au vingtième siècle, certains auteurs ont repris la théorie de la guerre juste, abandonnée durant le dix-neuvième siècle. Ils lui donnent un sens nouveau : selon eux, une guerre est juste, c'est-à-dire légale, lorsqu'elle est menée en réponse à un acte illégal, et menée contre l'Etat responsable de l'acte en question. Ainsi, le concept de *bellum iustum* a été remplacé par celui de *bellum legale* : ce qui compte n'est plus les causes intrinsèques de la guerre, mais la violation d'une norme existante en droit international²³.

2.1.4. Un droit en constante évolution

Dispositions centrales du *ius ad bellum*, l'interprétation des articles 2(4) et 51 de la Charte - respectivement l'interdiction du recours à la force et la légitime défense - donnent lieu à de nombreux débats dont le contenu change avec le temps, selon l'évolution des circonstances d'invocation. La pratique des Etats en la matière ainsi que la jurisprudence et la doctrine topique font évoluer ces principes consacrés par la Charte des Nations Unies.

A cet égard, nous pouvons mentionner de manière non-exhaustive le débat entourant la doctrine de l'intervention humanitaire, doctrine controversée qui n'est pas encore reconnue comme justification légale permettant l'usage de la force²⁴. Figure également au rang des controverses la légitime défense préventive qui permet une action en légitime défense avant qu'une agression armée n'aie eu lieu²⁵; ainsi que l'usage de la force pour assurer la protection des nationaux à l'étranger²⁶.

¹⁹ Charte des Nations-Unies (24 Octobre 1945), Chapitre VII.

²⁰ Ibid, art. 51.

²¹ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.117.

²² Charte des Nations-Unies, note n°19, art. 39-51.

²³ Dinstein, note n°5, p.63.

²⁴ Christine Gray, ' The Use of Force and the International Legal Order' in Malcom D Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press), p. 596-597.

²⁵ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.803.

²⁶ Ibid, p.132.

2.2. La légitime défense dans le cadre de la Charte des Nations Unies

2.2.1. L'interdiction générale du recours à la force

Le *ius ad bellum* règle le droit d'user de la force à l'encontre d'un autre Etat. La légalité de l'usage de la force par un Etat sera jugé à la lumière de celui-ci. Le *ius ad bellum* ne doit pas être confondu avec le *ius in bello*. Ce dernier règle le droit dans la guerre, soit les actes des belligérants lors d'un conflit armé (droit international humanitaire). Celui-ci s'appliquera dès l'existence d'un conflit, qu'importe son degré de légalité.²⁷

Le droit à la guerre est actuellement réglé par la Charte des Nations Unies. Son article 2 contient différents principes légalement contraignants pour l'organisation ainsi que ses membres²⁸. Ainsi, l'article 2(4) pose l'élément fondamental du droit à la guerre : l'interdiction générale du recours à la force. Il est généralement reconnu tant par la doctrine²⁹ que par les Etats³⁰ comme constituant une interdiction impérative ne permettant aucune dérogation.

L'article 2(4) s'articule comme suit :

« Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

L'interdiction générale du recours à la force entre différents Etats n'est cependant pas, comme nous l'avons vu ci-dessus (voir *supra* 2.1.2), originellement issue de la Charte. Dans son arrêt sur les Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, la Cour internationale de justice (ci-après CIJ) reconnaît l'existence du principe comme norme de droit international coutumier antérieure à celle-ci³¹.

²⁷ Christopher Greenwood, 'Self Defence' (2011) Max Planck Encyclopedia of Public International Law, [4].

²⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2008), p.731.

²⁹ Olivier Corten, *The Law against War: the Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart Publishing, 2010), p.207.

³⁰ « [...] *State's conventional practice confirms their position of principle: 2(4) of the Charter must be considered as a matter of peremptory law that allows no derogation* », Ibid, p.213.

2.2.1.1. La notion de « force »

Depuis l'adoption de la Charte, l'article 2(4) a fait couler beaucoup d'encre. En effet, bien que le principe est énoncé clairement, ses contours sont parfois flous. La notion d'usage de la force a été préférée à la notion de guerre – la guerre nécessitant en droit international une déclaration d'intention plutôt qu'un comportement. Recourir à la notion de force évite ainsi une lacune permettant aux Etats de se combattre *de facto*, tout en ne se déclarant pas officiellement en guerre³². Cependant, la force n'en reste pas moins une notion ouverte et difficile à définir.

Deux interprétations divergentes existent quant à cette notion. L'interprétation majoritaire, celle généralement adoptée par les pays « développés », comprend l'article 2(4) comme n'interdisant que le recours à la force armée³³. L'interprétation minoritaire, celle généralement adoptée par les pays « en voie de développement » (et auparavant des pays de l'ex-URSS)³⁴, se prévaut généralement d'une interprétation plus large et considère l'usage de contraintes économiques comme étant aussi couvert par l'interdiction du recours à la force³⁵. Cependant, quand bien même le terme de « force » de l'article 2(4) de la Charte ne comprendrait que l'usage de la force armée, l'usage de contrainte économique reste proscrit par le principe coutumier de non-intervention³⁶.

2.2.1.2. L'usage de la force

En considérant que l'article 2(4) ne s'applique qu'à la force armée, la Charte reste muette quant à la définition de la menace ou de l'emploi de cette force. Deux résolutions de l'Assemblée Générale de l'ONU clarifient la portée de l'interdiction du recours à la force : la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies (ci-après la Déclaration sur les relations amicales)³⁷, et la Définition de l'agression³⁸. Ces deux résolutions, bien que n'ayant pas de force contraignante, ont été utilisées comme aide à l'interprétation de l'article 2(4) par la CIJ.

³¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique (jugement))*[1986] ICJ Rep 94 [176] (ci-après, « Affaire Nicaragua »).

³² John H. Currie, *Public International Law* (Irwin Law, 2008), 464.

³³ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.117

³⁴ Ibid, p.117.

³⁵ Gray, note n°24, p.592.

³⁶ Currie, note n°32, p.465.

³⁷ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, UNGA Res 25/2625, GAOR, 25th session, UN Doc A/RES/25/2625 (24 octobre 1970).

³⁸ *Définition de l'agression*, UNGA Res 29/3314, GAOR, 29th session, UN Doc A/RES/29/3314 (14 décembre 1974).

2.2.1.3. Emploi indirect de la force

L'interdiction de l'article 2(4) doit s'interpréter de manière large. Non seulement l'interdiction s'applique à l'usage direct de la force, soit l'incursion des forces d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat, ou des tirs depuis un Etat ayant pour cible le territoire d'un autre Etat, mais aussi à son usage indirect. La notion d'emploi indirect de la force, souvent remplacé par « attaque indirecte », comprend la participation d'un Etat à l'usage de la force d'un autre Etat ou d'un acteur non-étatique³⁹.

Ainsi, la Déclaration sur les relations amicales, après avoir rappelé l'interdiction du recours à la force, précise notamment que : «[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 perpétrer de tels actes, lorsque les actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force »⁴⁰.

L'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci oppose les Etats-Unis au Nicaragua à propos de l'aide donnée par les Etats-Unis à un groupe de rebelles sur le territoire du Nicaragua. Reprenant la Déclaration sur les relations amicales, la CIJ confirme que financer, entraîner, donner du matériel, des armes et organiser un groupe de rebelles est constitutif d'une menace ou d'un emploi de la force, même en l'absence d'intervention directe en cas de combat⁴¹.

L'article premier de la Définition de l'agression pose l'agression comme étant l'emploi de la force armée de manière contraire à la Charte des Nations Unies. L'article 3 énumère de façon non-exhaustive une liste d'acte constituant *prima facie* une agression. Ainsi, selon sa lettre g, constitue un acte d'agression : « [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 d'une manière substantielle dans une telle action ».

³⁹ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.119.

⁴⁰ UNGA Res 25/2625, note n°37.

⁴¹ Affaire Nicaragua, note n°31, [228].

2.2.1.4. Menace de la force

L'article 2(4) de la Charte des Nations Unies interdit également la menace d'emploi de la force. La CIJ a été plusieurs fois amenée à se prononcer sur ce concept indéfini. Dans l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, la Cour considère que les manœuvres militaires des Etats-Unis en Honduras ne sont pas constitutives d'une menace. Dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires⁴², la CIJ conclut que la légalité de la menace dépend de la légalité de la force menacée⁴³. La jurisprudence internationale aide au développement d'une grille d'analyse permettant de déterminer l'existence d'une menace d'emploi de la force.

2.2.1.5. Emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, ou de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies

L'article 2(4) interdit l'emploi de la force « soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». La portée exacte de cette disposition est, sous cet angle aussi, sujet à débat. Malgré certains courants dissidents, la mention de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique ne vise pas à restreindre la portée de l'interdiction⁴⁴. En effet, les travaux préparatoires de l'article 2(4) dévoilent que ces deux points ne devaient à l'origine pas être mentionnés dans la disposition⁴⁵. Ils ont été rajoutés lors de la Conférence de San Francisco, sous l'impulsion de plusieurs petits Etats afin de mettre l'emphase sur ces deux points dans l'article 2(4)⁴⁶.

De plus, si certains argumentent que l'usage de la force est possible s'il est compatible avec les buts de l'ONU, d'autres avancent que le but de l'article 2(4) est d'interdire l'usage de la force par un Etat en toutes situations, à l'exception de la légitime défense⁴⁷.

2.2.2. Les exceptions à l'interdiction du recours à la force

Comme nous l'avons vu, la portée exacte de l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies ne fait pas l'objet de consensus. Malgré cette incertitude, le principe de l'interdiction du recours à la force *per se* est reconnu par la communauté internationale. Cette interdiction souffre plusieurs exceptions, contenues elles aussi dans la Charte des Nations Unies, respectivement à son article 107, désormais

⁴² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif)* [1996] ICJ Rep 226.

⁴³ Currie, note n°32, p.469.

⁴⁴ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.123.

⁴⁵ Ibid, p.123, citant UNCIO Documents, vol. VI, pp.556-8.

⁴⁶ Ibid, p.123, citant UNCIO Documents, vol. VI, pp.304, 334-5.

⁴⁷ Gray, note n°24, p.593.

obsolète, à son Chapitre VII et à son article 51⁴⁸. La Charte condamne tout usage de la force hors de ce régime comme étant illégal, excluant des motifs tels que la nécessité ou la vengeance⁴⁹.

2.2.2.1. L'invitation à l'intervention militaire

Bien que ne faisant pas partie des exceptions prévues par la Charte des Nations Unies, il est admis que l'intervention militaire d'un Etat A sur le sol d'un Etat B ne viole pas l'interdiction de l'article 2(4) si l'Etat A agit sur invitation de l'Etat B. En effet, le consentement de l'Etat B à l'intervention exclut l'illicéité de celle-ci⁵⁰. Ainsi, comme le constate la Commission du droit international (ci-après « la CDI »), « [l]'entrée de troupes étrangères sur le territoire d'un autre Etat, par exemple, est normalement considérée comme une violation grave de la souveraineté de l'Etat, et souvent même comme un acte d'agression. Mais il est évident que cette action perd ce caractère et devient tout à fait licite si elle a lieu à la requête ou avec l'accord de l'Etat »⁵¹.

Le consentement à l'intervention militaire doit être donné par la plus haute autorité de l'Etat pour que l'intervention ne soit pas considérée comme une violation de l'indépendance de l'Etat B⁵². Il doit aussi être valable en droit international, clairement établi, réellement exprimé, attribuable à l'Etat, et antérieur à la commission du fait auquel il se rapporte⁵³.

L'invitation à l'intervention militaire n'est pas en soi une exception à l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies, mais une circonstance excluant son application. En effet, dans ce cas de figure, il n'y a pas d'emploi de la force à l'encontre d'un Etat au sens de l'article 2(4)⁵⁴.

2.2.2.2. Mesures coercitives du Conseil de sécurité

Le Chapitre VII de la Charte permet au Conseil de sécurité de prendre des mesures coercitives impliquant l'emploi de la force armée afin de maintenir ou de restaurer la paix et la sécurité internationale⁵⁵. Comme toute menace ou emploi de la force constitue une menace à la paix, le Conseil de sécurité peut prendre de telles mesures comme réponse à chaque violation de l'article

⁴⁸ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, pp.125-128.

⁴⁹ Corten, note n°29, pp. 213-225.

⁵⁰ CDI, 'Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session' (14 mai – 3 août 1979) UN DOC A/34/10, art. 29(1).

⁵¹ Ibid, art. 29, commentaire [5], p.122.

⁵² Corten, note n°29, p.259.

⁵³ UN DOC A/34/10, note n°51, art. 29, commentaire [11], p.124.

⁵⁴ Corten, note n°29, pp.253-254.

⁵⁵ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.125.

2(4) de la Charte⁵⁶. Cependant, ses règles de procédure, notamment le droit de veto des cinq membres permanents ne permettent pas de prendre de décision sans consensus, ce qui affaiblit considérablement le pouvoir du Conseil de sécurité en la matière⁵⁷.

2.2.2.3. La légitime défense

L'importance de l'article 51 de la Charte dans le *ius ad bellum* est une conséquence directe de l'incapacité partielle du Conseil de sécurité à prendre des mesures impliquant le recours à la force. En effet, la légitime défense a longtemps été le seul moyen pour un Etat de prendre les armes sans violer l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies. Au vu de son importance majeure, l'article 51 est aussi l'un des plus controversés.

L'article 51 de la Charte des Nations Unies consacre le droit à la légitime défense en ces termes :

« 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. [...] »

Dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour internationale de Justice rappelle le « droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause »⁵⁸.

L'article 51 ne correspond pas exactement au champ d'application de l'article 2(4) de la Charte. En effet, là où l'article 2(4) mentionne le recours à la menace ou à l'emploi de la force, l'article 51 ne s'applique qu'en cas d'agression armée, notion moins large⁵⁹. Suivant la lecture littérale de ces deux articles, il semble que lorsqu'un Etat a recours à la force, mais que cet emploi ne dépasse pas une certaine intensité constitutive d'une agression armée, alors l'exception de l'article 51 est inapplicable, bien que l'usage de la force par l'Etat soit une violation de l'article 2(4) de la Charte.

⁵⁶ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.126.

⁵⁷ Ibid, p.126.

⁵⁸ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, note n°42, [96].

⁵⁹ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.790.

Il est communément admis qu'une utilisation de la force dans le cadre de la légitime défense doit répondre à plusieurs critères : elle doit répondre à une agression armée ; l'usage et le degré de force utilisée doivent être nécessaires et proportionnels ; le Conseil de sécurité doit en être averti, et les actes entrepris en légitime défense doivent être stoppés dès que le Conseil de sécurité a pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales⁶⁰.

2.2.3.1. Agression armée

La notion d'agression armée est centrale à l'article 51. En effet, en tant que seule condition préalable, elle en conditionne l'application. Cependant, la Charte ne propose aucune définition. L'Assemblée Générale de l'ONU adopte la Définition de l'Agression le 14 décembre 1974⁶¹. Cependant, cette définition étant consacrée par une résolution de l'Assemblée générale, elle n'a pas force de droit et constitue une simple recommandation⁶². De plus, cette définition porte sur le terme d'agression de l'article 39 de la Charte des Nations-Unies et non pas sur l'agression armée de l'article 51, comme on le comprend des travaux préparatoires⁶³.

La notion d'agression armée ne fait donc pas l'objet d'une définition consensuelle. Il est cependant possible d'établir quelques critères de définition grâce à la jurisprudence de la CIJ : conformément à celle-ci, une agression armée se distingue du simple incident de frontière de part sa taille et ses effets, et par la même de la menace ou l'emploi de la force selon l'article 2(4) de la Charte⁶⁴. De plus, cette jurisprudence consacre la participation indirecte d'un Etat à une agression armée comme équivalant à une agression armée susceptible de justifier l'application de l'article 51⁶⁵, recoupant l'article 3 lettre g de la Définition de l'Agression.

2.2.3.2. Nécessité, proportionnalité et immédiateté

Un Etat victime d'une agression armée peut agir militairement contre l'Etat responsable de l'attaque en invoquant l'article 51 de la Charte. Cependant, la simple commission d'une agression armée ne suffit pas pour rendre l'usage de la force de l'Etat victime légale. En effet, celle-ci devra répondre à

⁶⁰ Greenwood, note n°27, [8].

⁶¹ UNGA Res 29/331, note n°38.

⁶² Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.795.

⁶³ Ibid, p.795.

⁶⁴ Affaire Nicaragua, note n°31, [195].

⁶⁵ Ibid, [195].

deux critères issus du droit international coutumier. Ces deux critères ne sont pas expressément mentionnés à l'article 51 de la Charte. Ils ont été consacrés par la jurisprudence de la CIJ. Dans son jugement, la CIJ parle de la règle « [...] établie en droit international coutumier - selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter »⁶⁶.

Pour remplir la condition de nécessité, l'Etat recourant à la légitime défense doit prouver que celle-ci ne peut être évitée pour résoudre le conflit causé par l'agression armée⁶⁷, et que d'autres mécanismes de règlement des différends moins agressifs, comme la négociation, ne sont pas adéquats⁶⁸.

La proportionnalité, quant à elle, n'oblige pas l'Etat à réagir de manière proportionnelle aux moyens quantitatifs utilisés durant l'agression armée, mais elle l'oblige à agir en tenant compte de la menace posée par l'agression, dans le but de rendre nuls les effets de l'attaque⁶⁹. Prenons l'exemple d'une annexion de territoire suite à une attaque d'une faible envergure, couronnée de succès grâce à l'élément de surprise : la proportionnalité ne demande pas que l'acte de légitime défense soit en tout point équivalent en force à l'agression armée. En effet, la légitime défense doit permettre la récupération du territoire occupé. Une attaque de faible envergure ne le permettrait certainement pas étant donné que l'élément de surprise a disparu. Cependant, l'usage de la force en réponse à une agression armée n'est légitime que si le caractère de l'agression le justifie⁷⁰. Ainsi, rayer un pays de la carte en réponse à un simple incident de frontière isolé n'est pas proportionnel, et par conséquent ne rentre pas dans le cadre de l'exception de l'article 51 de la Charte.

Les conditions de nécessité et de proportionnalité constatées par la CIJ sont complétées par la condition d'immédiateté⁷¹. Selon celle-ci, un acte de défense en réponse à une agression armée ne peut être pris en différé⁷². Cela ne signifie pas que la réponse doit être immédiate – un certain temps de planification étant souvent nécessaire à l'Etat victime avant de réagir et peut être plus ou moins long selon les circonstances⁷³. L'importance de cette condition tend à disparaître avec l'apparition

⁶⁶ Affaire Nicaragua, note n°31, [176].

⁶⁷ Greenwood, note n°27, [27].

⁶⁸ Dinstein, note n°5, p.208.

⁶⁹ Greenwood, note n°27, [28].

⁷⁰ Dinstein, note n°5, p.208.

⁷¹ Ibid, p.183.

⁷² Ibid, p.212.

⁷³ Ibid, p.212.

de la théorie de l'accumulation. Selon celle-ci, plusieurs attaques, dont l'intensité, lorsqu'elles sont analysées au cas par cas, ne suffit pas pour en faire des agressions armées au sens de l'article 51, peuvent justifier le recours à la légitime défense lorsqu'elles sont considérées dans leur ensemble⁷⁴.

2.2.3.3. Mesures du Conseil de sécurité

La Charte des Nations Unies donne au Conseil de sécurité la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales⁷⁵. Cette responsabilité primaire se reflète à l'article 51. Celui-ci pose que l'usage de la force en légitime défense n'est légal que jusqu'à ce que le « Conseil de Sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». Le Conseil de sécurité peut agir de différentes manières : il peut approuver les actions prises en légitime défense *a posteriori* ; imposer un cessez-le-feu ; décider que l'Etat se prévalant de l'article 51 est en réalité l'Etat agresseur ; etc⁷⁶. Dès que le Conseil de sécurité l'ordonne, l'Etat doit cesser tout acte de légitime défense⁷⁷.

En résumé, pour entreprendre une action en légitime défense sur la base de l'article 51 ne violant pas elle-même l'article 2(4) de la Charte, elle doit répondre à une agression armée, être nécessaire et proportionnelle, et ne peut se poursuivre une fois que le Conseil de sécurité a pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales.

2.2.3.4. Légitime défense collective

L'article 51 de la Charte des Nations-Unies parle de droit de légitime défense « individuelle ou collective ». Dans ce cadre, il faut distinguer la légitime défense exercée de manière individuelle (l'Etat B se défend d'une agression de l'Etat A) ; la légitime défense individuelle exercée de manière collective (l'Etat A agresse les Etats B et C et ceux-ci s'unissent pour se défendre) ; de la légitime défense collective (l'Etat B se défend d'une agression de l'Etat A avec l'aide de l'Etat C – qui lui n'a pas de droit de légitime défense individuelle)⁷⁸.

⁷⁴ Raphaël Van Steenberghe, 'Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward ?' (2010) *Leiden Journal of International Law* 23, p.203.

⁷⁵ Charte des Nations-Unies, note n°19, art. 24 (1).

⁷⁶ Dinstein, note n°5, p.187-188.

⁷⁷ Ibid, p.188.

⁷⁸ Ibid, pp.222-223.

La légitime défense collective permet ainsi à des Etats qui, individuellement ne pourraient pas invoquer l'article 51, d'user de la force en s'alliant à des Etats agressés au sens de l'article 51. Cela permet d'une part aux petits Etats de se défendre contre de plus grandes puissances, et aux Etats ayant plus de pouvoir d'assurer leur sécurité. Cette construction juridique correspond à la conception de l'agression armée comme une maladie contagieuse qui menace l'ensemble des Etats. Ceux-ci ont donc un intérêt personnel à défendre la paix internationale puisqu'une fois la maladie déclarée, il n'est pas possible de prévoir où et si elle s'arrêtera⁷⁹. Cette vision des choses est aujourd'hui toujours d'actualité, notamment dans le cadre de la lutte internationale contre le terrorisme.

2.2.3.5. Complémentarité du droit conventionnel et coutumier de la légitime défense

Nous l'avons vu, l'article 51 pose un cadre à l'exercice de la légitime défense, et ce depuis l'arrivée de la Charte des Nations Unies sur la scène internationale. Cependant, le droit de recourir à la force en légitime défense a des origines coutumières dont les premières traces remontent au dix-huitième siècle déjà⁸⁰. Son importance, à cette époque, est minime puisque le recours à la force est encore légal. L'article 51 de la Charte reprend et confirme ce droit coutumier. Cependant, l'existence de droit conventionnel n'exclut pas complètement le droit international coutumier en ce domaine.

La CIJ, dans l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, reconnaît que le droit à la légitime défense est d'origine coutumière, tout en précisant que : « [...] son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle »⁸¹. La Cour reconnaît que « [...] la Charte n'en régleme pas directement la substance sous tous ses aspects. Par exemple, elle ne comporte pas la règle spécifique pourtant bien établie en droit international coutumier - selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter. D'autre part la définition de l'agression armée dont la constatation autorise la mise en œuvre du droit naturel de légitime défense n'est pas énoncée par la Charte et ne fait pas partie du droit conventionnel. Il n'est donc pas possible de soutenir que l'article 51 soit une disposition qui résume et supprime le droit international coutumier »⁸². Pour la CIJ, « [...] le droit coutumier continue d'exister à côté du droit conventionnel. Les domaines réglementés par l'une et

⁷⁹ Dinstein, note n°5, p.225.

⁸⁰ Greenwood, note n°27, [1].

⁸¹ Affaire Nicaragua, note n°31, [176].

⁸² Ibid, [176].

par l'autre source de droit ne se recouvrent donc pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu »⁸³.

Le droit à la légitime défense est donc issu à la fois de source conventionnelle et de source coutumière. En ce sens, il est important de souligner que les règles permettant l'évolution de ces deux sources ne sont pas identiques.

L'article 51 doit se lire à la lumière des règles d'interprétation des traités consacrées par les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités (ci-après CVT)⁸⁴. Ainsi, selon l'article 31 CVT, tant le sens ordinaire du texte, un accord entre les parties sur son interprétation, l'existence de règles de droit international pertinentes, que le contexte, et la pratique ultérieure des Etats seront pris en compte dans l'interprétation de la Charte. L'article 32 CVT permet de recourir à des moyens complémentaires d'interprétation (travaux préparatoires, circonstances de conclusion du traité, etc.) en vue de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 CVT, ou de le déterminer si l'application de l'article 31 CVT conduit à un sens ambigu, obscur ou manifestement absurde ou déraisonnable. Dans ce contexte, l'interprétation d'un traité peut potentiellement évoluer par l'évolution de la pratique ultérieure étatique.

Le droit international coutumier relatif à la légitime défense, quant à lui doit respecter les deux conditions constitutives de son caractère coutumier : une condition objective - l'existence d'une pratique étatique constante, ainsi qu'une condition subjective – l'existence d'une *opinio iuris sine necessitatis* – en ce sens que les Etats intéressés doivent, lors de l'exercice de cette pratique, avoir le « sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique »⁸⁵. Dans ce contexte, non seulement l'évolution du droit international coutumier préexistant requiert une évolution dans la pratique ultérieure étatique, mais les Etats doivent en plus être convaincus que la nouvelle pratique se conforme au droit. En matière de légitime défense, il faut souligner que la pratique inconstante

⁸³ Ibid, [176].

⁸⁴ Convention de Vienne sur le droit des Traités (23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980) 1155 UNTS 331 (ci-après « CVT »).

⁸⁵ La coutume internationale se définit comme « [...] preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Statut de la Cour internationale de Justice (26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945), art. 38 lettre b. La CIJ précise cette définition et exige que : « [...] deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par Leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio iuris sine necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique ». *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)(jugement)* [1969] ICJ Rep 3, [77].

des Etats n'a pas permis de réduire le champ d'application de l'article 51 de la Charte, ni de faire sa lecture restrictive – ou extensive - une norme de droit coutumier⁸⁶.

2.3. Conclusion intermédiaire

Le cadre légal dans lequel doit se réfléchir la question du recours à la force et de la légitime défense, le *ius ad bellum*, évolue au fil du temps. L'usage de la force par un Etat était, pendant plusieurs centaines d'années, totalement légal, bien que parfois restreint par des considérations d'ordre moral dans le cadre de la théorie de la guerre juste. Dans ces circonstances, la justification de la légitime défense était utilisée comme argument politique, et non comme argument légal.

Depuis le dix-neuvième siècle, le droit à la guerre s'est petit-à-petit vu limité. Aujourd'hui, l'article 2(4) de la Charte des Nations-Unies interdit tout recours à la force. Deux exceptions prévues par la Charte dérogent à ce principe : la légitime défense, à son article 51, et les mesures coercitives du Conseil de sécurité, à son Chapitre VII. L'interprétation de ces dispositions centrales donnent lieu à de nombreux débats, dont l'issue peut élargir ou au contraire restreindre le droit à l'usage de la force. En ce sens, le *ius ad bellum* reste un droit dynamique et évolutif.

La légitime défense, qu'elle soit individuelle ou collective, doit répondre à une agression armée, et doit obéir aux conditions coutumières de proportionnalité et de nécessité. Si ces conditions ne sont pas respectées, elle viole l'interdiction du recours à la force de l'article 2(4) de la Charte. La notion d'agression armée, en tant que condition d'application préalable, est centrale. Elle doit répondre à un certain critère d'intensité de par sa taille et ses effets.

Le droit de la légitime défense est d'origine coutumière. Bien que consacré par la Charte des Nations-Unies à son article 51, il n'est pas exclusivement issu du droit conventionnel. La définition de l'agression armée ainsi que les conditions de nécessité et de proportionnalité sont coutumières. En ce sens, coutume et droit conventionnel sont complémentaires. Une interprétation dynamique et évolutive de l'article 51 doit donc d'une part respecter les règles d'interprétation du droit des traités, soit les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, et, pour ce qui est du ressort du droit coutumier, doit respecter l'existence d'une pratique étatique et d'une *opinio iuris*, éléments constitutifs de la coutume.

⁸⁶ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p.806.

3. Légitime défense et acteurs non étatiques

Comme nous l'avons vu ci-dessus, le droit de la légitime défense a changé de visage au fil du temps. Le droit de faire la guerre, attribut fondamental d'un Etat, ne s'est vu restreindre juridiquement qu'à la fin du dix-neuvième siècle. A la suite de la deuxième Guerre Mondiale, la communauté internationale a établi l'interdiction du recours à la force dans les relations entre Etats dans le but de garantir la stabilité et la paix internationales. La légitime défense de l'article 51 s'est donc vu catapulté sur le devant de la scène puisqu'elle permet à un Etat de recourir à la force. Son importance capitale en fait le centre de débats entre Etats, mais aussi entre différents courants de doctrine. Si la définition de l'agression armée, ainsi que la définition de la nécessité et de la proportionnalité ont souvent été abordées, la question de l'auteur de l'agression armée devient de plus en plus importante dans le contexte international actuel.

En effet, depuis la conclusion de la Charte des Nations Unies en 1945, les menaces à la sécurité des Etats ont évolué. Si autrefois seul un Etat avait la capacité d'utiliser la force armée à l'encontre d'autre Etat, force est de constater qu'aujourd'hui tel n'est plus le cas. Des acteurs non étatiques ont désormais la force nécessaire pour commettre des actes qui, s'ils étaient attribués à un Etat, équivaldraient à une violation de l'interdiction du recours à la force et une agression armée au sens de l'article 51 de la Charte.

L'importance de la légitime défense dans un contexte d'agressions menées par des acteurs non étatiques est à mettre en relation avec l'incapacité du Conseil de Sécurité de répondre à de telles menaces. Entre 1945 et la fin des années 80, soit durant les quarante premières années de son existence, le Conseil de Sécurité n'a pris aucune mesure à l'encontre de groupements terroristes⁸⁷. Depuis, le Conseil de Sécurité a pris plusieurs résolutions à l'encontre du terrorisme. Si les résolutions 1368(2001)⁸⁸ et 1373(2001)⁸⁹ reconnaissent qu'une attaque terroriste permet l'application de la légitime défense, le Conseil n'a encore jamais invoqué l'article 42 de la Charte permettant l'usage de la force militaire en cas de menace contre la paix pour justifier des actions

⁸⁷ Christian J. Tams, 'The use of force against terrorists' (2009) *The European Journal of International Law* 20 (2), p.367.

⁸⁸ UNSC Res 1368 (12 septembre 2001) UN Doc S/RES/1368.

⁸⁹ UNSC Res 1373 (28 septembre 2001) UN Doc S/RES/1373.

militaires à l'encontre de menace terroriste⁹⁰. La légitime défense est actuellement le seul moyen légal pour un Etat d'employer la force à l'encontre d'un acteur non étatique.

Dans son discours du 14 novembre 2015, le président français François Hollande désigne les attentats ayant eut lieu à Paris le jour d'avant comme un « acte de guerre », réalisé par « l'armée terroriste, Daech »⁹¹. Quelques années auparavant, le président américain George W. Bush avait déclaré la guerre à la terreur (« *war on terror* ») suite aux attentats du 11 septembre 2001, qualifiés d'agression durant son discours⁹². La rhétorique utilisée est d'avantage politique que juridique mais atteste que les actes commis par des acteurs non étatiques peuvent être considérés comme acte de guerre, voire comme justifications à l'une d'elle. Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'usage de la force ne se réfléchit plus entre Etats belligérants, mais entre un Etat et un acteur non étatique. Depuis un peu plus d'une décennie, savoir si et à quelles conditions la légitime défense peut être invoquée à l'encontre d'acteurs non étatiques est donc une question centrale.

Dans cette partie, nous commencerons par proposer une définition de la notion d'acteur non étatique (voir *infra* 3.1), avant d'établir dans quelles situations la légitime défense pourrait être invoquée (voir *infra* 3.2). Nous examinerons l'applicabilité de l'article 51 de la Charte à ces situations (voir *infra* 3.3), puis nous survolerons la jurisprudence topique de la CIJ (voir *infra* 3.4), avant d'aborder la doctrine (voir *infra* 3.5) et la pratique étatique y-relative (voir *infra* 3.6).

3.1. Acteur non étatique : une définition

L'existence d'acteurs non étatiques comme potentielle menace à la paix n'est pas une création récente. L'église durant les croisades, les mouvements anti-coloniaux durant les guerres de libération, le phénomène n'est pas nouveaux. Cependant, les moyens à disposition des acteurs non étatiques en font une menace de plus en plus grande et les propulsent sur le devant de la scène, notamment en ce qui concerne le recours à la force. La place des acteurs non étatiques dans le système légal actuel est très discutée, particulièrement en matière de droits de l'homme, mais la

⁹⁰ Tams, note n°87, p.377.

⁹¹ « VIDEO - François Hollande accuse le groupe Etat islamique d'avoir commis "un acte de guerre" », FranceTV Info, 14 novembre 2015, http://www.francetvinfo.fr/faits-divers/terrorisme/attaques-du-13-novembre-a-paris/video-francois-hollande-accuse-le-groupe-etat-islamique-d-avoir-commis-un-acte-de-guerre_1174805.html, consulté le 3 janvier 2015.

⁹² « *Text of George Bush's speech* », The Guardian, 21 septembre 2001, <http://www.theguardian.com/world/2001/sep/21/september11.usa13>, consulté le 3 janvier 2015.

plus grande difficulté réside dans l'application du *ius ad bellum*, droit traditionnellement conçu pour régler les relations entre Etats⁹³.

Lubell définit les acteurs non étatiques comme des individus ou des groupes qui n'agissent pas pour le compte d'un Etat⁹⁴. Le critère de distinction entre un agent étatique et acteur non étatique est le suivant : l'acteur non étatique n'agit pas sous l'impulsion ni pour un Etat, il ne fait pas, tant *de facto* que *de iure*, partie d'une structure étatique. Son identité et son existence sont indépendantes de l'Etat⁹⁵.

Suivant cette définition, plusieurs types d'acteurs non étatiques peuvent être concernés. Certains sont, de manière plus ou moins controversée, labellisés comme terroristes. D'autres groupes peuvent faire l'objet de mesures extraterritoriales d'un Etat : c'est par exemple le cas de groupes impliqués dans le trafic de drogue⁹⁶. Les acteurs non étatiques actifs en droit international comprennent aussi les organisations non gouvernementales (ONG) et les organisations internationales (OI).

Dans le cadre du *ius ad bellum*, Corten distingue trois types d'acteurs non étatiques potentiellement sujet de l'interdiction du recours à la force: les groupes politiques dans un cas de guerre civile ; les mouvements de libération ; et finalement les groupes ayant un statut légal indéterminé⁹⁷. Dans le premier cas, l'absence d'élément international ne permet pas l'application du *ius ad bellum*. Dans le deuxième cas, le mouvement de libération dispose du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁹⁸, cependant l'internationalisation du conflit – en ce sens que l'acteur non étatique dispose d'un statut international particulier - n'est pas consensuellement considérée comme suffisant pour qualifier le conflit de « relations internationales » au sens de l'article 2(4) de la Charte⁹⁹.

Dans le présent travail, nous proposons de reprendre la définition large proposée par Lubell : la notion d'acteur non étatique doit être comprise comme des individus ou des groupes qui n'agissent pas pour le compte d'un Etat, qu'importe leur statut légal en droit international.

⁹³ « *Individuals or groups who are not acting on behalf of a state, are non-state actors* », Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010), p.16.

⁹⁴ Ibid, p.14.

⁹⁵ Ibid, p.14.

⁹⁶ Ibid, pp.14-15.

⁹⁷ Corten, note n°29, p.127.

⁹⁸ Ibid, p.135.

⁹⁹ Ibid, p.136.

3.2. Potentielles situations d'application de l'article 51 en cas d'agression armée par un acteur non étatique

Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'évolution du monde contemporain oblige à une relecture du *ius ad bellum, in extenso* de l'article 51 de la Charte des Nations Unies. Pour ce faire, il nous faut circonscrire les situations impliquant des acteurs non étatiques dans lesquelles le droit à la légitime défense peut potentiellement être invoqué. Un élément extra-territorial, ou du moins transnational, doit être présent, afin d'entraîner l'application de l'article 2(4) et de l'exception de l'article 51 de la Charte. Il existe plusieurs situations dans le cadre desquelles un acteur non étatique et un Etat peuvent être impliqués dans un conflit ayant une dimension internationale.

Un Etat peut, pour faire face à un acteur non étatique sévissant sur son territoire, inviter un autre Etat à intervenir militairement. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le consentement donné par l'Etat « invitant » permet à l'Etat « invité » d'agir sans violer ses obligations internationales (voir *supra* 2.2.2.1). Cette configuration ne requiert pas l'application de l'article 51 et n'est par conséquent pas problématique au regard du *ius ad bellum*.

Un Etat peut donner son soutien à un acteur non-étatique afin que celui-ci attaque un autre Etat. Dans cette configuration, l'Etat donne un soutien indirect à l'acteur non étatique (voir *infra* 3.2.1). Un Etat peut abriter sur son territoire un acteur non étatique et le soutenir, quoique de manière moins conséquente que dans le cas précédent (voir *infra* 3.2.2.1). Finalement, le territoire d'un Etat peut abriter un acteur non étatique, alors que l'Etat n'est pas capable ou ne veut pas (« *unable or unwilling* ») agir à son encontre (voir *infra* 3.2.2.1).

3.2.1. L'agression armée indirecte

Une agression commise par un Etat par l'intermédiaire d'un acteur non étatique est constitutive d'une agression armée indirecte¹⁰⁰. Dans ce type de situation, ce n'est pas seulement l'agression elle-même qui constitue l'agression armée du point de vue de l'article 51 de la Charte, mais c'est la

¹⁰⁰ Van Steenberghe, note n°74, p.195.

participation de l'Etat, le soutien donné à l'acteur non étatique, qui permet l'application de la légitime défense¹⁰¹.

La Définition de l'agression pose, à son article 3 lettre g, que « [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 d'une manière substantielle dans une telle action »¹⁰². Symptomatique de son époque, cette résolution a été adoptée en 1974, durant la Guerre Froide, période à laquelle l'usage de la force était fréquemment fait par des moyens indirects, soit par l'intermédiaire d'acteurs non étatiques¹⁰³.

Une condition ressort du texte de la résolution : pour qu'une agression armée d'un acteur non étatique soit attribuable à un Etat, celui-ci doit s'être engagé de manière substantielle. La simple incapacité ou l'absence de volonté de mettre fin aux activités de l'acteur non étatique sur son propre territoire ne suffit pas à ce que l'agression armée de l'acteur non étatique soit attribuable à l'Etat¹⁰⁴. Comme nous le verrons ci-dessous, la résolution sus-mentionnée a été consacrée par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (voir *infra* 3.4.1). Cependant, le degré d'implication exact de l'Etat nécessaire pour que l'agression armée lui soit attribuable reste, comme nous le verrons ci-dessous, sujet à dispute¹⁰⁵.

3.2.2. L'acteur non étatique comme source autonome de l'agression armée

Avant les attentats du 11 septembre 2001, le courant doctrinal prédominant exigeait la participation active d'un Etat à une agression armée non étatique pour que le droit de la légitime défense puisse être invoqué¹⁰⁶. Cependant, les attentats ont prouvé qu'un acteur non étatique, en l'occurrence *Al Quaiida*, est capable de commettre de manière autonome un acte équivalant à une agression armée.

¹⁰¹ Ibid, p.195.

¹⁰² UNGA Res 29/3314, note n°38.

¹⁰³ Van Steenberghe, note n°74, p.196.

¹⁰⁴ Ibid, p.197.

¹⁰⁵ Michael Kowalski, 'Armed Attack, Non-state Actors and a Quest for the Attribution Standard' (2010) Polish Yearbook of International Law 101, p.107.

¹⁰⁶ Eric A. Heinze, 'The evolution of international law in light of the 'global War on Terror'' (2011) Review of International Studies 37, p.1078.

Deux cas d'agression armée par un acteur non étatique dans un contexte international sont à distinguer: le soutien passif de l'Etat hôte (« *harboring State* »), et l'absence de volonté ou l'incapacité de l'Etat hôte (« *unable or unwilling* »).

3.2.2.1. « *Harboring State* »

A différencier de l'agression armée indirecte d'un Etat, cas où celui-ci soutient activement un acteur non étatique, l'Etat hôte peut le soutenir de manière passive. Cela est notamment le cas lorsqu'il tolère et abrite l'acteur non étatique sur son territoire¹⁰⁷. Ce soutien se distingue du soutien donné par l'Etat dans le cadre de l'attaque indirecte, en ce sens qu'il ne correspond pas à un engagement substantiel de l'Etat hôte : il n'est pas nécessaire à la commission de l'agression armée.

Cette configuration entraîne deux développements juridiques : premièrement, le critère du contrôle effectif de l'Etat hôte sur l'acteur non étatique n'est plus adapté à l'invocation de la légitime défense ; deuxièmement, la possibilité pour un acteur non étatique de commettre une agression armée indépendamment de la participation d'un Etat indique potentiellement l'émergence d'un régime de non-responsabilité de l'Etat (« *non-state responsibility* »)¹⁰⁸.

3.2.2.2. « *Unable or unwilling State* »

Le dernier cas de légitime défense face à un acteur non étatique autonome est la situation suivante : l'Etat sur lequel l'acteur non étatique se trouve, ne peut ou ne veut (« *unable or unwilling* ») entreprendre les actions nécessaires pour éradiquer la menace qu'il représente¹⁰⁹. Il est très difficile de différencier l'incapacité d'agir de l'absence de volonté¹¹⁰. L'incapacité peut résulter de l'absence de contrôle nécessaire de l'Etat sur son territoire, ou encore son manque de ressources financières ou de personnel qualifié¹¹¹. Certains auteurs posent que dans un tel cas de figure, l'Etat doit accepter toute assistance pour neutraliser l'acteur non étatique, un refus pouvant être assimilé à une absence de volonté de sa part¹¹².

¹⁰⁷ Christian J. Tams et James G. Devaney, 'Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence' (2012) *Israel Law Review* 45, p.99.

¹⁰⁸ Heinze, note n°106, p.1079.

¹⁰⁹ Tams et Devaney, note n°107, p.100.

¹¹⁰ Kowalski, note n°105, p.115.

¹¹¹ Kimberley N. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors' (2007) *International and Comparative Law Quarterly* 56, p.147.

¹¹² *Ibid*, p.147.

Dans un tel cas, l'Etat victime n'a que deux choix : ou il respecte l'intégrité territoriale et la souveraineté de l'Etat hôte et n'agit pas, se mettant ainsi lui-même en danger ; ou il intervient et viole l'interdiction du recours à la force de l'article 2(4) de la Charte¹¹³. Certains auteurs reconnaissent un droit à la légitime défense dans un tel cas, argumentant que sans celui-ci, les Etats incapables de prévenir les agressions armées deviendront des refuges pour les acteurs non étatiques, ce qui irait à l'encontre du but de la Charte des Nations Unies¹¹⁴. La cible de la légitime défense doit uniquement être l'acteur non étatique¹¹⁵.

Durant les quarante premières années d'existence de la Charte, seul Israël a recouru à cette théorie, notamment en regard du Liban et de l'Ouganda¹¹⁶. Ces dernières années, la Turquie, l'Iran et le Rwanda ont aussi invoqué la légitime défense pour se défendre d'agressions d'acteurs non étatiques de pays voisins, argumentant que ces pays avaient échoués à prévenir celles-ci¹¹⁷.

En résumé, dans le premier cas, l'acteur non étatique agit grâce au soutien substantiel d'un Etat, rendant l'agression armée attribuable à celui-ci. Cependant l'acteur non étatique peut agir de manière autonome. L'Etat, dans ce cas, n'est pas impliqué dans les actions militaires d'un acteur non étatique (ou le degré d'implication est insuffisant pour que les actions lui soient attribués), ou ne peut ou ne veut prévenir l'utilisation de son territoire par l'acteur non étatique pour préparer et commettre une agression armée¹¹⁸.

Un seul Etat a tenté de justifier son usage de la force sans recourir à l'un de ces trois modèles. L'Afrique du Sud est entré sur le territoire angolais pour poursuivre des groupes armés non étatiques en invoquant la doctrine du droit de poursuite (« *hot pursuit* » ou « *hot trail* »)¹¹⁹. Cet usage de la force a été rejeté par le Conseil de sécurité¹²⁰.

¹¹³ Trapp, note n°111, p.147.

¹¹⁴ Tom Ruys et Sten Verhoeven, 'Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence' (2005) *Journal of Conflict & Security Law* 10 (3), p.317.

¹¹⁵ Heinze, note n°106, p.1080.

¹¹⁶ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.293.

¹¹⁷ Ibid, p.317.

¹¹⁸ Kowalski, note n°105, p.115.

¹¹⁹ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.293.

¹²⁰ « [Le Conseil de sécurité] dénonce et rejette la pratique du « droit de poursuite » suivie par l'Afrique du Sud raciste pour terroriser et déstabiliser le Botswana et d'autre pays d'Afrique australe ». UNSC RES 568 (21 juin 1985) UN DOC S/Res/568.

3.3. Interprétation de l'article 51 de la Charte en cas d'agression armée par un acteur non étatique

L'application de l'article 51 de la Charte des Nations Unies aux situations précitées est controversée. *Ratione materiae*, il est généralement admis qu'un acteur non étatique peut recourir à la force de manière suffisamment grave pour être qualifiée d'agression armée au sens de l'article 51. *Ratione personae*, l'application de la légitime défense en réponse à des agressions perpétrées par des acteurs non étatiques est controversée. L'usage de la force à l'encontre d'un acteur non étatique peut prendre deux formes différentes : il peut uniquement prendre l'acteur non étatique pour cible, ainsi que ses bases d'opérations ; l'usage de la force peut aussi (- ou uniquement -) viser l'Etat depuis lequel agit l'acteur non étatique¹²¹.

Si, comme nous allons le voir, le texte même de l'article 51 de la Charte n'exclut pas son application, la jurisprudence de la CIJ semble exclure l'usage de la légitime défense à l'encontre d'un acteur non étatique (voir *infra* 3.4). La pratique actuelle des Etats semble de plus en plus contredire la CIJ (voir *infra* 3.6). Les résolutions 1368(2001) et 1373(2001) du Conseil de sécurité en sont la preuve la plus autoritaire, en ce sens qu'elles semblent reconnaître l'applicabilité de la légitime défense à la suite d'actes terroristes – en l'occurrence les attentats du 11 septembre 2001¹²². En parallèle, une partie de la doctrine cherche à développer les conditions d'application de l'article 51 aux cas précités (voir *infra* 3.5).

3.3.1. Interprétation littérale

Le texte de l'article 51 exige la commission d'une agression armée pour invoquer la légitime défense, sans qu'aucune mention ne soit faite de la source de l'agression. Littéralement, l'application de l'article 51 ne semble pas dépendre de la qualité des acteurs à l'origine de l'agression armée¹²³.

3.3.2. Interprétation systématique

L'article 51 ne peut cependant se lire indépendamment du cadre légal du *ius ad bellum*. Plus précisément, il ne peut se lire indépendamment de l'article 2(4) de la Charte, puisqu'il s'applique

¹²¹ Trapp, note n°111, p.142.

¹²² Steven R. Ratner, 'Self Defense against Terrorists: the Meaning of Armed Attack' in Nico Schrijver et Larissa Van Den Herik (eds) *The Leiden Policy Recommendations on Counter-terrorism and International Law* (Cambridge University Press, à paraître), p.2.

¹²³ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.290.

comme exception à celui-ci. *Ratione personae*, la prohibition du recours à la force de l'article 2(4) s'applique aux Etats « dans leurs relations internationales [...] »¹²⁴. A priori, et conformément à la jurisprudence de la CIJ, l'article 2(4) – et, *in extenso*, l'exception de l'article 51 ne s'applique qu'entre Etats. Cette lecture « inter-étatique » de la légitime défense est la seule cohérente avec la logique de la Charte des Nations Unies¹²⁵.

3.3.3. Interprétation téléologique

L'interprétation téléologique de l'article 51 concorde avec sa lecture plus systématique. En effet, le la Charte des Nations Unies a été conçue comme un instrument permettant d'agir contre les menaces à la stabilité internationale et à l'ordre international, en particulier pour prévenir de futures agressions d'un Etat contre un autre¹²⁶. En ce sens, toute exception à l'interdiction du recours à la force doit être interprétée strictement¹²⁷. La possibilité de recourir à la force en légitime défense contre un acteur non étatique élargirait drastiquement l'exception de l'article 51 et par conséquent devrait, selon cette interprétation, être exclue.

Cependant, comme nous l'avons vu ci-dessus (voir *supra* 3.2), certaines situations internationales (agression indirecte, « *harboring state* », « *unable or unwilling state* ») semble justifier l'application de la légitime défense à l'encontre d'un acteur non étatique. La pratique des Etats en la matière depuis 2001, ainsi que la doctrine en la matière, quoi que n'étant pas encore sujettes à consensus, semblent de plus en plus enclines à admettre cette applicabilité.

3.4. Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice

3.4.1. Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua

Dans son affaire de 1986 sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, la Cour de Justice ne considère ni les activités des contras, ni celles des guerillas salvadoriennes comme équivalant à une agression armée, et ne se concentre que sur l'imputabilité de ces activités à d'autres Etats¹²⁸. Cette affaire oppose les Etats-Unis au Nicaragua à propos de l'aide donnée par les Etats-Unis à un groupe de rebelles sur le territoire du Nicaragua.

¹²⁴ Charte des Nations-Unies, note n°19, art. 2(4).

¹²⁵ Kowalski, note n°105, p. 122; Trapp, note°111, pp.141 et ss.

¹²⁶ Simma, Khan, Nolte et Paulus, note n°3, p. 3.

¹²⁷ Kowalski, note n°105, p.123.

¹²⁸ Ratner, note n°122, p.3.

La CIJ confirme que financer, entraîner, donner du matériel, des armes et organiser un groupe de rebelles est constitutif d'une menace ou d'un emploi de la force, même en l'absence d'intervention directe en cas de combat¹²⁹. Cependant, la Cour ne considère pas que l'assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre constitue une agression armée de la part de l'Etat portant assistance, bien que l'on puisse voir dans une « telle assistance une menace ou un emploi de la force, ou l'équivalent d'une intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'autres Etats »¹³⁰. La CIJ, dans cet arrêt, sépare d'un côté les actes d'acteurs non étatique et de l'autre coté, l'assistance étatique à ces acteurs.

Selon cette jurisprudence, les actes de violence d'un acteur non étatique peuvent être qualifiés d'agression armée uniquement s'ils sont attribuables à un Etat. Comme le souligne Kowalski, ce qui reste sujet à discussion est le standard d'attribution (soit le degré d'implication substantiel de l'Etat)¹³¹.

Comme le relèvent Ruys et Verhoeven, cette affaire reprend en partie les règles d'attribution en matière de responsabilité des Etats. En effet, selon la CDII, seuls les actes d'organes de l'Etat, agissant en leur capacité officielle, sont imputables à un Etat – excluant ainsi les actes d'acteurs non étatiques¹³². Les projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI prévoient cependant deux exceptions aux articles 8 et 11.

L'article 8 prévoit que certains actes peuvent être attribués à l'Etat pour autant que les personnes ou le groupe à l'origine de l'acte agissent sous les instructions ou sous le contrôle de l'Etat. En accord avec la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, le contrôle de l'Etat doit être effectif pour que l'acte lui soit attribuable¹³³. Un acte fortuit ou commis accessoirement à une opération dirigée par un Etat échappe au contrôle de celui-ci et ne peut engager sa responsabilité¹³⁴.

¹²⁹ Affaire Nicaragua, note n°31, [228].

¹³⁰ Ibid, [195].

¹³¹ Kowalski, note n°105, p.109.

¹³² CDI, 'Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session' (23 Avril – 1er juin et 2 juillet - 10 août 2001) UN Doc A/56/10, chap. II.

¹³³ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.300.

¹³⁴ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.300.

Le principe de non responsabilité de l'Etat concernant les actions de privés souffre une deuxième exception à l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI. Selon cet article, les agissements d'un acteur privé peuvent être considérés comme ceux de l'Etat si celui-ci, explicitement et cumulativement, les reconnaît et les adopte comme sien - une simple approbation n'étant pas suffisante¹³⁵.

3.4.2. Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé

Dans cet avis consultatif de 2004, la Cour de Justice examine la licéité de l'édification par Israël d'un mur dans le territoire palestinien occupé, et les conséquences juridiques de cette édification¹³⁶. La CIJ rejette la justification de la construction du mur en territoire palestinien comme mesure de légitime défense prise en application de l'article 51 de la Charte. En effet, l'avis consultatif ne reconnaît l'applicabilité de l'article 51 qu'entre Etats : « [l]'article 51 de la Charte reconnaît ainsi l'existence d'un droit naturel de légitime défense en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat. Toutefois, Israël ne prétend pas que les violences dont il est victime soient imputables à un Etat étranger »¹³⁷. De plus, la Cour souligne que la menace terroriste invoquée par Israël est issue de l'intérieur de son territoire – soit d'un territoire sur lequel l'Etat israélien exerce son contrôle¹³⁸ -, non pas de l'extérieur, et diffère ainsi de la situation concernée par les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité¹³⁹.

Comme le relèvent Ruys et Verhoeven, cet avis consultatif va à l'encontre d'une part de l'arrêt sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua ainsi que, d'autre part, de la pratique étatique ayant cours. Considérer cet avis comme une nouvelle direction du droit international en matière de légitime défense face aux acteurs non étatiques est selon eux très discutable¹⁴⁰.

¹³⁵ Ibid, p.301.

¹³⁶ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (avis consultatif)* [2004] ICJ Rep 136.

¹³⁷ Ibid, [139].

¹³⁸ Trapp, note n° 111, p.143.

¹³⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, note n°136, [139].

¹⁴⁰ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.305.

3.4.3. Activités armées sur le territoire du Congo

La Cour internationale de Justice a rendu en 2005 un jugement portant sur des actes d'agression armée perpétrés par l'Ouganda sur le territoire de la République démocratique du Congo (RDC)¹⁴¹. Comme la Cour le souligne, l'Ouganda ne se défend pas contre la RDC, mais contre des actes commis par un acteur non étatique sur lequel la RDC n'a pas de contrôle¹⁴². La CIJ considère donc que, comme les actes dont l'Ouganda se défend ne sont pas imputables à la RDC, les conditions d'exercice de la légitime défense à l'encontre de la RDC ne sont pas réunies¹⁴³. « En conséquence, [la CIJ] n'a pas à se prononcer sur les arguments des Parties relatifs à la question de savoir si et à quelles conditions le droit international contemporain prévoit un droit de légitime défense pour riposter à des attaques d'envergure menées par des forces irrégulières »¹⁴⁴.

A l'instar de l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, la Cour n'exclut pas expressément la possibilité qu'un degré d'investissement moindre d'un Etat puisse constituer une base suffisante pour l'attribution d'actes d'acteurs non étatiques aux Etats depuis lesquels ils opèrent, cependant la Cour reconnaît implicitement l'imputabilité de l'agression comme étant limitée par les principes posés dans l'article 3 lettre g de la Définition de l'Aggression¹⁴⁵.

Selon Trapp, cet arrêt ne doit pas se lire comme excluant définitivement les acteurs non étatiques du champ d'application de la légitime défense, mais doit être compris comme exigeant, lorsque l'usage de la force défensif se fait à l'encontre d'un Etat, que l'agression armée lui soit imputable¹⁴⁶.

Il ressort de la jurisprudence précitée que la Cour de Justice exige, lors de l'exercice de légitime défense à l'égard d'un Etat, que les actes considérés comme agression armée lui soient imputables. Dans l'affaire Nicaragua, elle utilise le critère du contrôle effectif de l'Etat pour établir l'imputabilité. Dans l'avis consultatif sur l'édification d'un mur en territoire occupé, la Cour semble exclure toute possibilité d'application de la légitime défense à un acteur étatique agissant de manière autonome. Cependant, le jugement sur les activités armées sur le territoire du Congo, rendu à peine une année après semble remettre en question cet avis puisque la Cour n'exclut pas l'exercice de la force défensive face à un acteur non étatique, sans toutefois émettre un avis sur la question. La jurisprudence de la CIJ, conclut Ratner,

¹⁴¹ *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (jugement)* [2005] ICJ Rep 168.

¹⁴² Ibid, [146].

¹⁴³ Ibid, [147].

¹⁴⁴ Ibid, [147].

¹⁴⁵ Trapp, note n°111, p.144.

¹⁴⁶ Ibid, p.145.

semble donc éviter de répondre à cette question importante en droit international contemporain, ou, dans le pire des scénarios, reste fidèle à une compréhension désuète de la notion d'agression armée¹⁴⁷.

3.5. Doctrine

La doctrine en matière du recours à la force défensive s'attaque au paradoxe suivant : d'une part, les Etats ne peuvent accepter de subir des agressions d'acteurs non étatiques sans pouvoir se défendre – la Charte ne peut être lue comme permettant à leurs auteurs et participants de ne pas être punis en recourant à l'absence d'attribution des actes aux Etats – ; d'autre part, la souveraineté étatique – et *in extenso*, l'intégrité territoriale d'un Etat – reste l'un des piliers du droit international et ne peut être violée sans justification¹⁴⁸.

La doctrine topique s'est construite en partie sur les jugements de la CIJ précités – ou en opposition à ceux-ci¹⁴⁹. Lorsqu'elle s'écarte de la jurisprudence internationale, elle se base fréquemment sur la pratique des Etats en la matière, notamment son évolution depuis 2001¹⁵⁰. Deux courants peuvent être distingués dans le cadre de l'application de la légitime défense en cas d'agression par un acteur non étatique¹⁵¹ : un premier courant considère que la légitime défense ne peut être exercée légalement que si l'agression armée peut être imputée à l'Etat dont le territoire sera la cible de la force utilisée¹⁵² (voir *infra* 3.5.1); le deuxième courant, quant à lui, ignore la règle de l'attribution et considère qu'une agression armée par un acteur non étatique suffit à déclencher l'application de l'article 51 de la Charte¹⁵³ (voir *infra* 3.5.2). Il répond au paradoxe sus-mentionné en réaffirmant l'importance des conditions coutumières de nécessité et proportionnalité.

¹⁴⁷ « *It seems safe to say that the ICJ has at best shied away from this important question of contemporary international law and at worst clung to an antiquated understanding of an armed attack* », Ratner, note n°122, p. 4.

¹⁴⁸ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.310.

¹⁴⁹ Voire notamment: Christian J. Tams, 'Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case' (2005) *The European Journal of International Law* Vol. 16 No. 5, pp. 963–978; Sean D. Murphy, 'Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?' (2005) *The American Journal of International Law*, Vol. 99 No. 1, pp. 62-76; Jörg Kammerhofer, 'The Armed Activities Case and Non-state Actors in Self-Defence Law' (2007) *Leiden Journal of International Law*, 20, pp 89-113.

¹⁵⁰ Voire notamment, Steenberghe, note n°74; Heinze, note n°106.

¹⁵¹ En ce sens, nous reprenons la distinction opérée par Ruys et Verhoeven, note n°114, p.310.

¹⁵² Ruys et Verhoeven, note n°114, p. 313.

¹⁵³ *Ibid*, p.310.

3.5.1. Le premier courant: l'attribution à un Etat

Comme mentionné ci-dessus, le premier courant considère que la légitime défense ne peut être exercée légalement que si l'agression peut être attribuée à l'Etat dont le territoire sera la cible de la force utilisée¹⁵⁴. Cette façon d'aborder l'agression armée par un acteur non étatique semble être confirmée par l'avis consultatif de la CIJ relative à l'édification par Israël d'un mur dans le territoire palestinien occupé, puisque cet avis ne reconnaît l'applicabilité de l'article 51 de la Charte qu'entre Etats¹⁵⁵.

Soumettre l'application de la légitime défense à une condition d'attribution permettrait de couvrir les cas prévus par le projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI¹⁵⁶, soit : les agressions commises par des agents de l'Etat (article 4) ; les agressions commises par des personnes agissant sous instructions, sous la direction, ou sous le contrôle de l'Etat (article 8) ; ou encore lorsque l'Etat a reconnu et, cumulativement, adopté le comportement de l'acteur non étatique comme étant le sien (article 11).

Le degré d'attribution standard permettant d'imputer des actes armés d'un acteur non étatique à un Etat est basé sur l'article 8 du projet. Selon celui-ci, un Etat doit avoir un certain contrôle sur l'acteur non étatique, c'est-à-dire que celui-ci doit agir sous la direction, à l'instigation, ou sous le contrôle de l'Etat¹⁵⁷. Comme nous l'avons vu, ce critère a été repris la CIJ dans l'affaire sur les activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (voir *supra* 3.4.1).

Cependant, ce critère ne fait pas l'unanimité : la pratique des Etats en la matière dans les années suivant l'arrêt de la Cour, et particulièrement après septembre 2001, semble utiliser un critère d'attribution plus bas¹⁵⁸. Le critère de contrôle effectif (« *effective control standard* ») tel que reconnu par l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la CDI et par la CIJ a été sujet à beaucoup de critiques et semble, depuis le début des années 2000, s'être transformé en un critère de contrôle global (« *overall control standard* »)¹⁵⁹. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) consacre le critère du contrôle global

¹⁵⁴ Ruys et Verhoeven, note n°114, p. 313.

¹⁵⁵ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, note n°136, [139].

¹⁵⁶ Ruys et Verhoeven, note n°114, p.313.

¹⁵⁷ Kowalski, note n°105, p.113.

¹⁵⁸ Tams, note n°87, pp. 378-381.

¹⁵⁹ Kowalski, note n°105, p. 114.

dans son affaire à l'encontre de Duško Tadić du 15 juillet 1999. Dans cette affaire, le TPIY établit que « [...] le contrôle exercé par un État sur des *forces armées, des milices ou des unités paramilitaires subordonnées* peut revêtir un caractère global (mais doit aller au-delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation). [...] Le degré de contrôle requis en droit international peut être considéré comme avéré lorsqu'un État (ou, dans le contexte d'un conflit armé, une Partie au conflit) *joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires* du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel »¹⁶⁰.

Le critère du contrôle global pour attribuer une agression armée à un Etat semble répondre plus largement que le critère du contrôle effectif aux cas de figure listés ci-dessus (voir *supra* 3.2). Cependant, il ne permet pas à un Etat d'user défensivement de la force à l'encontre d'un acteur non étatique agissant de manière autonome, soit lorsque l'Etat sur le territoire duquel l'acteur est basé ne peut ou ne veut agir (« *unable or unwilling* ») contre l'acteur non étatique¹⁶¹ – notamment en cas d'Etat défaillant (« *failed state* »)¹⁶². De plus, même en utilisant le critère moins exigeant du contrôle global, le degré d'implication d'un Etat dans les actions d'un acteur non étatique peut être insuffisant pour que l'acte lui soit attribuable¹⁶³.

Comme le souligne Kowalski, retenir la condition d'attribution (que ce soit sous forme du critère du contrôle global ou effectif) mène à une situation irréaliste et très insatisfaisante dans laquelle un acteur non étatique qui commet une agression armée depuis le territoire d'un Etat tiers serait protégée par la souveraineté de cet Etat tandis que l'Etat victime serait privé de la possibilité de répondre légalement à l'agression armée¹⁶⁴.

Van Steenberghe, en plus de l'inadéquation de la condition d'attribution, critique le raisonnement juridique utilisé : pour lui, en cas d'agression armée indirecte, ce n'est pas l'agression *per se* qui déclenche l'application de la légitime défense, mais la participation, le degré de contrôle que possède l'Etat sur l'agression. Celui-ci doit être considéré comme constitutif de l'agression armée

¹⁶⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić (jugement)* [1999] TPIY 94-1-A, [137].

¹⁶¹ Kowalski, note n°105, p.115; Van Steenberghe, note n°74, p.195.

¹⁶² Ruys et Verhoeven, note n°114, p.317.

¹⁶³ Kowalski, note n°105, p.115.

¹⁶⁴ « [...] *this would lead to a highly unsatisfactory and unrealistic situation in which a non-state actor which carries out an armed attack from the territory of another state would be protected by the sovereignty of that state whereas the attacked state would be deprived of the possibility of lawful armed response.* », Kowalski, note n°105, p.115.

permettant l'application de l'article 51 de la Charte¹⁶⁵. Deuxièmement, il souligne que la *ratio legis* sous-tendant la légitime défense diffère de celle à l'origine du régime de responsabilité de l'Etat. La première ayant avant tout comme but de protéger un Etat contre une agression armée, situation qui, par définition, est tellement urgente qu'elle ne permet pas d'analyser la question de la responsabilité. En conséquence, comme ces deux régimes sont deux branches différentes du droit international et ne poursuivent pas le même but, les critères d'attribution d'une agression armée à un Etat diffèrent logiquement des règles concernant la responsabilité¹⁶⁶.

3.5.2. Le deuxième courant: responsabilité non-étatique

Le deuxième courant considère l'exigence d'attribution comme insatisfaisante. Greenwood notamment souligne que ne pas qualifier les agressions d'acteurs non étatiques comme des agressions armées au sens de l'article 51 relève d'un étrange formalisme¹⁶⁷. Pour Franck, si le Conseil de sécurité peut autoriser l'usage de la force à l'encontre d'un acteur non étatique, alors l'Etat victime doit pouvoir exercer son droit de légitime défense¹⁶⁸.

L'approche défendue est la suivante : en acceptant l'acteur non étatique comme source autonome de l'agression armée au sens de l'article 51 de la Charte – ce qui semble être confirmé par les Résolutions 1368(2001) et 1373(2001) du Conseil de sécurité – , cela implique que l'usage de la force fait en légitime défense peut être dirigé contre l'acteur non étatique en question¹⁶⁹. A priori, cette approche va à l'encontre de la jurisprudence de la CIJ, de manière particulièrement flagrante si l'on considère l'avis consultatif sur l'édification du mur par Israël en territoire occupé. Trapp, cependant, les réconcilie en argumentant que la jurisprudence de la Cour doit être comprise comme exigeant l'attribution de l'agression à un Etat que si l'Etat lui-même est la cible de la légitime défense¹⁷⁰. Ainsi, l'exigence d'attribution ne s'applique que si l'usage de la force est fait contre (« *against* ») un Etat, mais ne s'applique pas en cas d'usage sur le territoire (« *within* ») d'un Etat – pour ce dernier cas, la CIJ n'aurait pas encore de jurisprudence¹⁷¹. La question de l'attribution ne

¹⁶⁵ Van Steenberghe, note n°74, p.195.

¹⁶⁶ Ibid, pp.195-196.

¹⁶⁷ Christopher Greenwood, 'International law and the Pre-Emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Quaida, and Iraq' (2003) San Diego Journal of International law 4, p.17.

¹⁶⁸ Thomas M. Franck, 'Terrorism and the Right of Self-Defence' (2001) American Journal of International Law 98, p. 839–842.

¹⁶⁹ Kowalski, note n°105, p. 118.

¹⁷⁰ Trapp, note n°111, p.145.

¹⁷¹ Heinze, note n°106, p.1082.

deviendrait pertinente que pour définir à l'encontre de qui la force défensive doit être utilisée, et non pas pour déterminer si l'acte en cause est constitutif d'une agression armée¹⁷².

Cette interprétation de l'article 51 est possible puisque l'article ne demande pas, *expressis verbis*, que l'agression armée soit le fait d'un Etat. De plus, elle est confortée par l'interprétation téléologique de l'article 51 puisqu'il est possible d'argumenter que le but de cet article est de permettre à l'Etat victime de se protéger de l'agression armée, qu'importe la source de celle-ci¹⁷³. Créer un régime d'obligations internationales pour des acteurs non étatiques n'est d'ailleurs pas un fait nouveau en droit international : ceux-ci sont sujets de tout un pan du droit international humanitaire¹⁷⁴.

Réconcilier d'une part l'interdiction générale du recours à la force de l'article 2(4) de la Charte et l'interdiction d'user de la force en violation de l'intégrité territoriale d'un Etat, et, d'autre part, la nécessité pour un Etat d'exercer sa légitime défense, réside, selon Trapp, dans les éléments coutumiers du droit à la légitime défense : la nécessité et la proportionnalité¹⁷⁵. Sans utiliser ces limites préexistantes, seules deux possibilités insatisfaisantes subsistent : d'une part attribuer automatiquement toute agression armée d'un acteur non étatique à l'Etat sur lequel il est basé du simple fait de sa présence sur son territoire ; d'autre part admettre sans condition la légitime défense à l'encontre d'agression d'acteurs non étatique¹⁷⁶. Cette dernière position est extrême et est généralement rejetée par la doctrine topique comme une interprétation irréaliste de l'évolution du *ius ad bellum*, en ce sens qu'elle comporte de forts risques que l'usage de la force défensive soit en réalité un recours à la force agressive déguisé¹⁷⁷.

L'interprétation de l'article 51 de la Charte permettant son application en cas d'agression armée par un acteur non étatique n'est pas incontestée. Kowalski s'y oppose en argumentant que si, en effet, le texte et l'interprétation téléologique de l'article 51 permettent d'argumenter en sa faveur, les travaux préparatoires de la Charte prévoient expressément l'application de l'article 51 dans des situations

¹⁷² Heinze, note n°106, p.1082.

¹⁷³ Kowalski, note n°105, p.119.

¹⁷⁴ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950) 75 UNTS 135, art. 3 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (8 juin 1977, entrée en vigueur le 7 décembre 1978) 1125 UNTS 609.

¹⁷⁵ Trapp, note n°111, p.146.

¹⁷⁶ Ibid, p.155.

¹⁷⁷ Ibid, p. 155.

inter-étatiques. De plus, l'interprétation téléologique de la Charte en son entier permet d'aboutir à la conclusion que l'article 51, en tant qu'exception à l'article 2(4), doit être interprété de manière restrictive puisqu'il met en danger le but fondamental de la Charte, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁷⁸.

3.6. Pratique étatique

La plupart des Etats n'ont pas de position clairement définie concernant l'application de la légitime défense aux cas sus-mentionnés, n'ayant pas été directement menacés par des acteurs non étatiques¹⁷⁹. La pratique étatique en la matière est principalement limitée à Israël et à son intervention au Liban en 2006, aux Etats-Unis notamment en Afghanistan en 1998 et au Soudan en 2001, et en 2008, à la Turquie en Irak, à la Russie en Géorgie, et à la Colombie en Equateur¹⁸⁰. Plus récemment, les pays participants depuis 2014 à la coalition menée par les Etats-Unis à l'encontre de l'Etat Islamique en Irak s'appuient aussi en partie sur la légitime défense collective de l'Irak à l'encontre de l'Etat Islamique¹⁸¹, dont la qualité d'acteur non étatique est discutable.

Les Etats participants à la coalition invoquent respectivement le droit de répondre militairement à l'encontre d'Etat ayant soutenus des terroristes (« *harboring states* ») ; et le droit d'user de la force à l'encontre de terroristes ou de bases terroristes dans des Etats ne les ayant pas soutenus¹⁸². Selon Tams, la communauté internationale va de moins en moins réfuter l'application de la légitime défense en cas d'agression par des acteurs non étatiques. Pour lui, le débat s'est déplacé de l'application aux conditions de nécessité et de proportionnalité¹⁸³.

Grand avocat de cette nouvelle perception de la légitime défense, plutôt que d'imputer une agression armée à un Etat, les Etats-Unis suivent les principes suivants : 1) un Etat soutenant et abritant des terroristes (« *harboring state* ») peut devenir la cible de la légitime défense de l'Etat

¹⁷⁸ Kowalski, note n°105, p.123; Ruys et Verhoeven, note n°114, p.312.

¹⁷⁹ Ratner, note n°122, p.16.

¹⁸⁰ Ibid, p.9.

¹⁸¹ Voire notamment: Lettre datée du 23 septembre 2014 du représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique aux Nations-Unies adressée au Secrétaire général, UN Doc S/2014/695; Lettre identiques datées du 25 novembre 2014 du représentant permanent du Royaume Unis de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord aux Nations-Unies adressées au Secrétaire Général et au Président du Conseil de sécurité, UN Doc S/2014/851.

¹⁸² Ratner, note n°122, p.9.

¹⁸³ Tams, note n°87, p.381.

victime; 2) sans prendre en compte l'imputabilité de l'Etat hôte notamment s'il ne peut ou ne veut agir, l'Etat victime peut agir en légitime défense à l'encontre des auteurs de l'agression armée¹⁸⁴.

Il convient néanmoins de souligner que, cherchant à élargir le champ d'application de la légitime défense, le Président américain George W. Bush a déclaré que, dans le cadre de sa guerre contre la terreur (« *war on terror* »), les Etats-Unis ne feraient aucune distinction entre les terroristes qui commettent les actes et les Etats qui leur offrent refuge (« *harbour* »), incluant aussi les Etats ne voulant ou ne pouvant mettre un terme à la présence des terroristes sur leur territoire¹⁸⁵. Cette partie de la doctrine Bush n'a pas été, contrairement à la légitime défense préventive, justifiée par celui-ci : l'administration Bush ne semble pas considérer ce critère comme étant encore une *lex ferenda*¹⁸⁶. La communauté internationale, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 et lors de l'opération américaine *Enduring Freedom* en Afghanistan, a accepté ce standard d'attribution. Cette acceptation reste néanmoins fragile, car peut-être causée par le choc causé par les attentats et la sympathie à l'égard des Etats-Unis : il est difficile de savoir si elle peut être considérée comme une évolution du droit à la légitime défense¹⁸⁷.

A cet égard, il est important de noter que le cas de figure d'un Etat ne pouvant agir à l'encontre d'acteur non étatique ne concerne pas seulement le cas d'un « *failed state* ». Un Etat disposant d'un gouvernement fonctionnel peut ne pas réussir à prévenir l'utilisation de son territoire par des acteurs non étatiques pour la commission d'une agression armée malgré des efforts de prévention et l'application du droit pénal. En conséquence, n'étant pas à l'abri d'un tel scénario, les Etats, en invoquant la légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques, vont probablement restreindre les concepts d'Etats « abritant » (« *harboring state* »), ne pouvant ou ne voulant agir (« *unable or unwilling* »)¹⁸⁸.

Ainsi Ruys et Verhoeven sont d'avis que le courant excluant toute condition d'attribution doit être rejetée, d'une part car la doctrine confirme traditionnellement la nécessité de cette attribution, mais surtout car la pratique des Etats exige constamment un certain lien avec un Etat – que ce soit un

¹⁸⁴ Ratner, note n°122, p.10.

¹⁸⁵ Christian Henderson, 'The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of 'Necessary Force'' (2010) *Journal of Conflict & Security Law* 15, p.424.

¹⁸⁶ *Ibid*, p.425.

¹⁸⁷ *Ibid*, p.425-426.

¹⁸⁸ *Ibid*, p.13.

support actif, passif ou l'incapacité de prévenir des agressions de privés¹⁸⁹. Kowalski, en accord avec ceux-ci, souligne que la formulation des résolutions 1368(2001) et 1373(2001) du Conseil de sécurité ainsi que la pratique des Etats actuelle ne permet pas de démontrer clairement que les acteurs non étatiques peuvent être considérés comme source autonome d'une agression armée au sens de l'article 51¹⁹⁰. Selon lui, la seule conclusion pouvant être tirée de la pratique des Etats après les attentats du 11 septembre 2001 est que la condition d'attribution s'est en effet transformée d'un critère du contrôle effectif, en un critère du contrôle global¹⁹¹.

3.7. Conclusion intermédiaire

Si l'existence d'acteurs non étatiques – soit des groupements dont l'identité et l'existence sont indépendantes d'un Etat – comme potentielles menaces à la paix n'est pas une création récente, leur force de frappe de plus en plus importante en font de potentiels auteurs d'agressions armées au sens de l'article 51 de la Charte des Nations-Unies.

Dans ce cadre, l'acteur non étatique peut agir grâce au soutien substantiel d'un Etat, rendant l'agression armée attribuable à celui-ci (agression armée indirecte). Cependant l'acteur étatique peut aussi agir de manière autonome. L'Etat n'est, dans ce cas, pas impliqué dans les actions militaires d'un acteur non étatique ; soit son degré d'implication est insuffisant pour que les actions lui soient attribuées (« *harboring state* ») ; ou il ne peut ou ne veut prévenir l'utilisation de son territoire par l'acteur non étatique pour préparer et commettre une agression armée (« *unable or unwilling* »).

La Cour de Justice exige, lors de l'exercice de légitime défense à l'égard d'un Etat, que les actes considérés comme agressions armées lui soient imputables. Dans l'affaire Nicaragua, elle utilise le critère du contrôle effectif de l'Etat pour établir l'imputabilité. Dans l'avis consultatif sur l'édification d'un mur en territoire occupé, la Cour semble exclure toute possibilité d'application de la légitime défense à un acteur non étatique agissant de manière autonome. Cependant, l'arrêt sur les activités armées sur le territoire du Congo, rendu à peine une année après semble remettre en question cet avis puisque la Cour n'y exclut pas l'exercice de la force défensive face à un acteur non

¹⁸⁹ Ruys et Verhoeven, note n°114, p. 312.

¹⁹⁰ Kowalski, note n°105, pp.123-124. Ruys et Verhoeven souligne également le caractère ambigu de ces résolutions: certes, il est fait mention de la légitime défense, cependant les résolutions désignent les attaques terroristes comme des menaces à la sécurité et à la paix internationale, mais ne les qualifient pas d'agression armée. Ruys et Verhoeven, note n°114, p. 312.

¹⁹¹ Kowalski, note n°105, p.125.

étatique, sans toutefois émettre un avis sur la question. La jurisprudence de la CIJ semble donc éviter de répondre à cette question importante en droit international contemporain.

La doctrine topique se sépare en deux courants: d'une part une faction exige l'attribution de l'agression armée d'un acteur non étatique à un Etat pour que la légitime défense soit invocable ; d'autre part certains auteurs invoquent un régime excluant toute responsabilité étatique, ne requérant que la commission d'une agression armée pour entraîner l'applicabilité de l'article 51 de la Charte. Si ce deuxième courant à l'avantage de couvrir toutes situations – y compris lorsque l'acteur non étatique agit de manière parfaitement autonome –, il comporte de forts risques que l'usage de la force défensive soit, en réalité un recours à la force agressive déguisé et risque d'anéantir l'idéal du maintien de la paix et de la sécurité qui sous-tend la Charte des Nations Unies. Le premier courant, plus limité, semble pallier à ce risque en requérant une attribution à un Etat. Le critère d'attribution peut être large si l'on suit la jurisprudence du TPIY (contrôle global) ou plus restreint si l'on suit la jurisprudence de la CIJ (contrôle effectif). Cependant, quel que soit le critère retenu, cette règle ne permet pas à un Etat victime de se défendre contre un acteur non étatique agissant de manière complètement autonome, notamment en cas d'Etats ne voulant ou ne pouvant agir à son encontre, ou lorsque l'implication de l'Etat est trop infime pour remplir le critère d'attribution choisi.

Un survol de la pratique en la matière met en lumière que, depuis les attentats du 11 septembre 2001, la réaction de la communauté internationale à l'égard de pays, plus nombreux qu'auparavant, invoquant la légitime défense à l'égard d'un acteur non étatique a changé. Elle a de plus en plus admis cette possibilité. De plus, l'adoption par le Conseil de sécurité des résolutions 1368(2001) et 1373(2001) semble confirmer l'applicabilité de l'article 51 de la Charte en réponse à des agressions armées d'acteurs non étatiques. Cette acceptation par la communauté internationale reste néanmoins fragile, car peut-être causée par le choc des attentats et la sympathie qui s'en est suivie à l'égard des Etats-Unis : il est difficile de savoir si elle peut être considérée comme une évolution du droit à la légitime défense.

Malgré une évolution tendant à l'acceptation de la légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques, il semble difficile de conclure à de nouvelles normes, à une nouvelle interprétation de l'article 51 de la Charte. En effet, si la question de l'auteur de l'agression armée relève de la définition de celle-ci, alors cette évolution modifie la composante coutumière du droit à la légitime défense. Elle devrait dès lors réunir tant une pratique étatique constante ainsi qu'un élément

subjectif, une *opinio iuris*, soit le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Quand bien même la condition d'application *rationae personae* ne relèverait que de la composante conventionnelle de la légitime défense, il est difficile d'affirmer une pratique étatique ultérieure au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. En effet, comme nous l'avons vu, l'acceptation de l'application de la légitime défense à l'encontre des acteurs non étatiques par la communauté internationale est fragile. De plus, la plupart des Etats n'ont pas de position clairement définie sur ce sujet, n'ayant pas été directement menacés par des acteurs non étatiques. Dans ces conditions, il semble difficile de parler de pratique étatique ultérieure.

En ce sens, il nous paraît délicat de conclure à une évolution du droit de la légitime défense. A notre avis, nous sommes encore aux prémises de celle-ci, à un stade où le droit international évolue pour correspondre aux nouvelles circonstances qu'il cherche à encadrer, sans avoir acquis son poids final de norme internationalement reconnue. La légitime défense cherche à se redéfinir afin de répondre aux défis posés par l'importance croissante des acteurs non étatiques, notamment dans le cadre du terrorisme international. La communauté internationale semble certes plus encline à accepter l'invocation de la légitime défense suite à une agression armée commise par un acteur non étatique, comme en attestent notamment les résolutions du Conseil de sécurité 1368(2001) et 1373(2001) – et, en ce sens, constitue déjà un premier pas vers une évolution –, cependant cette acceptation devra être confirmée par une pratique postérieure plus fournie et détaillée en ce qui concerne la portée exacte et les conditions d'application du droit de la légitime défense afin d'entériner le résultat de cette évolution. Si la communauté internationale, comme cela semble être le cas, confirme son acceptation, il semble probable qu'elle entérine un critère d'attribution. En effet, n'étant pas à l'abri d'acteurs non étatiques agissant depuis leur propre territoire, les Etats, en invoquant la légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques, vont probablement restreindre les concepts d'Etats « abritants » (« *harboring state* »), ne pouvant ou ne voulant agir (« *unable or unwilling* »).

4. Et la Suisse ?

Ces premiers pas vers une évolution du *ius ad bellum* ont-ils un impact pour la Suisse ? En matière du recours à la force, la Suisse présente une particularité. En plus d'être soumise aux règles générales de la Charte que nous avons abordées ci-dessus, la Suisse s'est déclarée neutre de manière permanente. Avant d'analyser quel impact aurait une évolution du droit de la légitime défense (voir *infra* 4.2), il convient de brosser un tableau général de ce droit (voir *infra* 4.1.1), avant d'aborder la neutralité suisse (voir *infra* 4.1.2).

4.1. Droit de la neutralité

4.1.1. La neutralité en droit international

La neutralité, en droit international, se définit comme le statut d'un Etat qui ne participe pas à un conflit armé entre d'autres Etats. Le statut d'Etat neutre donne naissance à des droits et obligations dans la relation entre, d'une part, l'Etat neutre et, d'autre part, les Etats parties au conflit¹⁹². La décision d'un Etat de rester neutre durant un conflit est une décision politique entraînant des effets juridiques¹⁹³.

Le droit de la neutralité régit les droits et obligations des Etats qui, lors d'un conflit international, restent neutre. Le droit de la neutralité était un droit essentiellement coutumier développé par la pratique des Etats entre le dix-huitième jusqu'au début du vingtième siècle¹⁹⁴. Deux Conventions adoptées en 1907 le codifient : d'une part la Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre¹⁹⁵, et d'autre part, la Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime¹⁹⁶. Ces deux conventions ont été ratifiées par la Suisse en 1910. Elles sont généralement reconnues comme ayant

¹⁹² « *Neutrality (derived from the Latin neuter: neither of each) is defined in international law as the status of a state which is not participating in an armed conflict between other states. Neutral status gives rise to rights and duties in the relationship between the neutral on one hand and the parties to the conflict on the other* », Michael Bothe, 'The Law of Neutrality' in Dieter Flecker (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford University Press, 2013), p. 549.

¹⁹³ Ibid, p.554.

¹⁹⁴ Ibid, p.551.

¹⁹⁵ Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910), RS 0.515.21.

¹⁹⁶ Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime (18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910), RS 0.515.22.

en partie valeur de droit coutumier¹⁹⁷, bien que la pratique postérieure des Etats les aie rendu en partie obsolète¹⁹⁸.

4.1.1.1. Droits et obligations des Etats neutres

Le statut d'Etat neutre crée des droits et des obligations : ainsi un Etat neutre aura le droit de ne pas prendre partie à un conflit et de ne pas souffrir des effets de celui-ci. En contrepartie, il sera soumis à l'obligation de ne pas prendre partie et de rester impartial à l'égard des belligérants¹⁹⁹. Un Etat neutre, tant que ses actes n'interfèrent pas – soit créent un avantage ou un inconvénient – avec les activités légitimes d'un belligérant, bénéficie donc d'une protection particulière²⁰⁰.

Les parties à un conflit ont l'obligation de respecter l'intégrité territoriale de l'Etat neutre – par exemple en s'abstenant de le survoler, de l'utiliser pour des manoeuvres militaires, ou d'y conduire des hostilités –, ainsi que le droit de l'Etat neutre de maintenir des relations avec leur(s) opposant(s)²⁰¹. En contrepartie, l'Etat neutre ne doit pas mettre son territoire et ses ressources à disposition d'un belligérant, au détriment des autres parties²⁰². L'Etat neutre peut tout de même permettre aux troupes d'une des parties au conflit de trouver refuge sur son territoire à condition qu'il les interne et les empêche de prendre part au conflit²⁰³. Il peut aussi permettre l'utilisation de son territoire pour le transit des blessés sans violer sa neutralité²⁰⁴.

Concernant les relations commerciales, un Etat neutre suit la règle dite du *courant normal*. Il n'est pas obligé d'avoir des relations égales, pour autant que l'inégalité ait eu cours avant le conflit armé²⁰⁵. En cas de limitations postérieures, l'Etat neutre doit les appliquer à tous les belligérants de manière impartiale²⁰⁶. L'Etat neutre n'est pas obligé de les interdire la vente privée de matériel de guerre ou l'utilisation de moyen de communication privé²⁰⁷. S'il décide toutefois de le faire ou d'en

¹⁹⁷ Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester University Press, 2008), p. 299.

¹⁹⁸ Bothe, note n°192, p.552.

¹⁹⁹ Ibid, p.459.

²⁰⁰ Green, note n°197, p. 297.

²⁰¹ Ibid, p. 299.

²⁰² Bothe, note n°192, p.459.

²⁰³ Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, note n°195, art. 11.

²⁰⁴ Ibid, art. 14.

²⁰⁵ Bothe, note n°192, p.550.

²⁰⁶ Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, note n°195, art. 9.

²⁰⁷ Ibid, art. 7 et 8.

limiter l'accès, l'Etat neutre a l'obligation d'appliquer son choix à tous les belligérants, de manière impartiale²⁰⁸.

Toute action prise par un Etat neutre dans le but de préserver sa neutralité est légale et ne peut être considérée par les belligérants comme un acte hostile à leur encontre²⁰⁹. L'Etat neutre a l'obligation de protéger sa neutralité, si nécessaire en recourant à la force – en ce sens, on parle de neutralité armée –, dans les limites du *ius ad bellum*, soit en application de l'article 51 de la Charte²¹⁰.

La neutralité est un choix politique de prendre part – ou non – à un conflit. Un Etat peut consacrer son statut d'Etat neutre en procédant à une déclaration *ad hoc* pour un conflit déterminé²¹¹. Au fil du temps s'est développée la possibilité pour un Etat de se déclarer neutre de manière permanente, c'est-à-dire neutre à l'égard de tous conflits, en tout temps. La neutralité permanente crée à l'égard de l'Etat neutre des obligations aussi en temps de paix. L'Etat neutre a l'obligation de ne pas accepter d'obligations militaires²¹² ou d'agir de manière à rendre les obligations induites par le statut d'Etat neutre impossibles en cas de conflit²¹³. En conséquence, la neutralité permanente implique le renoncement au droit de légitime défense collective²¹⁴.

4.1.1.2. Conditions d'application du droit de la neutralité

Pour que le droit de la neutralité s'applique à un Etat, il faut, comme nous l'avons vu ci-dessus, que celui-ci se soit déclaré neutre au regard du conflit *ad hoc* ou de manière permanente. En dehors des obligations de l'Etat neutre de manière permanente en temps de paix, le droit de la neutralité ne s'applique que lors d'un conflit armé entre deux Etats²¹⁵. L'exigence de protagonistes étatiques exclut l'application de la neutralité au regard de conflit armé interne. En cas de conflit armé interne,

²⁰⁸ Green, note n°197, p. 301.

²⁰⁹ Ibid, p. 305.

²¹⁰ Bothe, note n°192, p. 560.

²¹¹ Ibid, p. 554.

²¹² Par exemple, un Etat neutre ne peut entrer dans une alliance militaire comme l'OTAN. En effet, “l'OTAN adhère au principe selon lequel une attaque contre l'un ou plusieurs de ses membres est considérée comme une attaque dirigée contre tous. Il s'agit du principe de la [défense collective](#), qui est consacré dans l'article 5 du Traité de l'Atlantique Nord. À ce jour, l'article 5 n'a été invoqué qu'une seule fois – en réponse aux attentats terroristes du 11 septembre contre les États-Unis.” <http://www.nato.int/>, consulté le 3 janvier 2015.

²¹³ Bothe, note n°192, p.554.

²¹⁴ Ibid, p.555.

²¹⁵ Ibid, p. 557.

une autre obligation internationale issue de la Charte, le principe de non-intervention, s'applique aux Etats²¹⁶. En cas d'intervention, le conflit devient international et la neutralité s'applique.

La définition du conflit armé international en droit de la neutralité ne semble pas recouper la définition utilisée en droit international humanitaire mais être plus restrictive, en ce sens qu'il doit avoir lieu depuis une certaine durée et disposer d'une certaine intensité. La thèse traditionnelle en la matière requiert une guerre dans son ancienne acceptation légale : en plus de ces critères de durée et d'intensité, les parties au conflit doivent disposer d'une intention (*animus belligerendi*)²¹⁷. Toutefois, comme nous l'avons vu ci-dessus, la nécessité de tel élément subjectif crée une très grande insécurité juridique car conditionne l'application du droit à la volonté des Etats (voir *supra* 2.2.1.1). Selon Bothe, la condition d'application doit être déterminée selon l'objet et le but du droit de la neutralité. Cela signifie que le droit de la neutralité doit être appliqué à tout conflit dont l'amplitude rend nécessaire et sensée sa limitation par l'application du droit de la neutralité. En ce sens, le conflit doit être d'une certaine intensité et d'une certaine durée²¹⁸.

4.1.1.3. Relation avec la Charte des Nations-Unies

Le droit de la neutralité s'est développé, puis a été codifié avant la rédaction de la Charte des Nations Unies. Il doit se réfléchir dans un contexte international dans lequel l'usage de la force était légal. L'adoption de la Charte et le changement de paradigme qu'elle instaure bouleverse tout le système du *ius ad bellum* en permettant de condamner l'usage illégal de la force, et distingue l'Etat victime, autorisé à recourir à la force en légitime défense, de l'Etat agresseur, usant de la force illégalement. La possibilité de dissocier de manière manichéenne entre Etat victime et Etat agissant de manière illégale semble mettre l'obligation de traiter impartialement les parties à un conflit à mal.

Cependant, malgré ce paradoxe apparent, le droit de la neutralité cohabite avec le nouvel ordre légal international instauré par la Charte tant qu'il n'existe aucune décision juridiquement contraignante, prise par le Conseil de sécurité, quant à savoir qui est l'agresseur et qui est la victime dans un conflit donné²¹⁹. En effet, aucun Etat membre n'est obligé d'agir en légitime défense collective en soutenant l'Etat victime. Seule une résolution du Conseil de sécurité sur la base du

²¹⁶ Charte des Nations-Unies, note n°19, art. 2(7).

²¹⁷ Bothe, note n°192, p. 555-6.

²¹⁸ Ibid, p.556.

²¹⁹ Ibid, p. 552;. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, note n°42, [88].

Chapitre VII de la Charte semble exclure l'application du droit de la neutralité²²⁰. Par exemple, les sanctions économiques – obligatoires pour les Etats membres - dérogent au principe du *courant normal*. Cependant, les mesures coercitives prises sur la base du Chapitre VII ne contreviennent pas au principe de non-participation puisque les Etats membres ne sont pas obligés d'y prendre part. En cas de participation militaire sur cette base, l'intervention de l'Etat neutre aux côtés de l'Etat victime est légale, y compris selon le droit de la neutralité. Si l'intervention ne se fait pas sur la base du Chapitre VII de la Charte, alors elle peut être légale selon l'article 51 de la Charte (en application de la légitime défense collective), mais violer le droit de la neutralité²²¹.

4.1.2. La neutralité suisse

4.1.2.1. Cadre légal

Les deux Conventions de la Haye concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres sont entrées en vigueur en Suisse le 11 juillet 1910. En dehors de celles-ci, la neutralité apparaît dans la Constitution fédérale²²² à deux reprises : l'article 173 exige de l'Assemblée fédérale de prendre les mesures nécessaires pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse ; l'article 185, quant à lui, exige du Conseil fédéral de prendre des mesures pour préserver la sécurité extérieure, l'indépendance et la neutralité de la Suisse.

La neutralité n'est pas mentionnée à l'article 2 de la Constitution fédérale, qui en fixe les buts, alors que l'indépendance et la sécurité du pays y sont inscrits à l'alinéa 1. En conséquence, bien que la neutralité soit une des maximes centrales de sa politique étrangère, la Suisse la perçoit non comme un but, mais comme un instrument permettant de garantir l'indépendance et la sécurité du pays²²³.

La conception suisse de la neutralité est précisée dans trois documents issus de l'administration fédérale sur la pratique de la neutralité. Le premier document, l'annexe au rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, datant de 1993, redéfinit la neutralité suisse dans un contexte d'après Guerre Froide²²⁴. Le deuxième document est un rapport d'un groupe de travail interdépartemental du 30 août 2000, et porte sur la pratique de la neutralité

²²⁰ Bothe, note n°192, p.553.

²²¹ Ibid, p.553.

²²² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

²²³ Rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, Annexe: Rapport sur la neutralité, du 29 novembre 1993, FF 1994 I 150, p. 204. (Ci-après « Rapport sur la neutralité de 1993 »).

²²⁴ Ibid.

suisse notamment durant le conflit au Kosovo²²⁵. Le troisième est une synthèse de 2005 et concerne la pratique de la neutralité suisse durant le conflit en Irak²²⁶.

4.1.2.2. Définition du conflit armé international en droit suisse de la neutralité

Dans le rapport du groupe de travail interdépartemental du 30 août 2000 relatif à la pratique suisse en matière de neutralité, il est affirmé que le « champ d'application du droit de la neutralité se limite donc aux conflits armés internationaux, c'est-à-dire aux conflits entre Etats, tels que définis par le droit international public. Ainsi, le droit de la neutralité n'est pas applicable en cas de conflit dans lequel aucun Etat (à l'exception de l'Etat sur le territoire duquel le conflit a lieu) n'est impliqué. En d'autres termes, le droit de la neutralité n'entrave pas la liberté d'action des Etats neutres lorsqu'un conflit fait rage exclusivement à l'intérieur d'un Etat »²²⁷. Dans la synthèse de 2005, cette distinction est affirmée de manière plus lapidaire: « ces règles [le droit de la neutralité] s'appliquent en période de conflit armé entre Etats (donc pas en cas de guerre civile) »²²⁸.

4.1.2.3. Distinction droit et politique de neutralité

Toute mesure dépassant les obligations de l'Etat neutre que nous avons vu précédemment (voir *supra* 4.1.1.1) ne rentre plus dans le cadre du droit de la neutralité mais dans le cadre de la politique de neutralité²²⁹. En ce sens, les Etats neutres doivent *a minima* respecter les obligations issues du droit de la neutralité, mais peuvent aussi faire le choix politique d'aller plus loin.

Le Conseil fédéral, dans son rapport sur la neutralité de 1993, pose le principe suivant : « [c]ontrairement au respect du droit de la neutralité, la manière dont est menée la politique de neutralité relève de la discrétion de l'Etat neutre. Le droit de la neutralité accorde à la Suisse une grande liberté d'action [...]»²³⁰. Il va même jusqu'à affirmer que : « [l]e seul principe immuable qui

²²⁵ Pratique suisse de la neutralité – aspects actuels, rapport du groupe de travail interdépartemental, du 30 août 2000, disponible sur: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/rapport-sur-la-pratique-neutralite-cours-conflit-kosovo-2000_FR.pdf (ci-après «Rapport de 2000»).

²²⁶ La Neutralité à l'épreuve du conflit en Irak: synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050), du 2 décembre 2005, FF 2005 6535 (ci-après « Synthèse de 2005 »).

²²⁷ Rapport de 2000, note n°225, p. 13.

²²⁸ Synthèse de 2005, note n°226, p.6543.

²²⁹ Rapport sur la neutralité de 1993, note n°223, p. 207.

²³⁰ Ibid, p. 207.

soit inhérent à la neutralité est celui de la non-participation d'un Etat aux conflits armés opposant d'autres Etats.²³¹ »

En effet, selon le Conseil fédéral, la neutralité n'a jamais été une institution rigide, mais un instrument modulable que la Suisse a su mettre au service de ses intérêts²³². En ce sens, il est nécessaire d'adapter la politique de neutralité aux circonstances actuelles. Le Conseil fédéral « tient, ce faisant, à ne pas la transformer en opportunisme mais à lui préserver cette constance et cette prévisibilité qui lui ont valu dans le passé le respect de la communauté internationale »²³³.

En résumé, le Conseil fédéral considère que l'obligation de neutralité ne peut pas empêcher la Suisse de prendre les mesures qui lui paraissent nécessaires pour éloigner de nouvelles menaces, y inclut lorsque la protection passe par la coopération internationale. La Suisse ne peut, ce faisant, prendre des engagements pouvant l'exposer au risque d'être impliqué dans un conflit armé. Elle « doit demeurer libre de décider en tous temps et en toute indépendance politique et militaire des mesures qu'[elle] juge [elle]-même nécessaires. Son comportement en tant qu'Etat neutre reste ainsi prévisible »²³⁴.

Ainsi, la neutralité en droit suisse est un instrument souple, dont le but est de garantir l'indépendance et la sécurité du pays. Elle doit être redéfinie en fonction des circonstances internationales afin d'assurer au mieux sa fonction. Selon le Conseil fédéral, seul le principe de non-participation est immuable et ne peut être modifié par cette redéfinition.

4.2. Neutralité et légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques: quid?

Mettre la neutralité suisse et la question de l'application de la légitime défense à l'encontre d'acteurs non étatiques sur le même plan semble *a priori* paradoxal. En effet, le droit de la neutralité ne s'applique que lorsqu'un conflit entre Etats a lieu. L'usage de la force à l'encontre d'acteurs non étatiques, qu'il soit considéré comme légitime défense ou non, semble *prima facie* ne pas rentrer

²³¹ Rapport sur la neutralité de 1993, note n°223, p.207.

²³² Ibid, p.205.

²³³ Ibid, p.202.

²³⁴ Ibid, p.202.

dans son champ d'application. Cependant, si le droit de la légitime défense suit un des chemins d'évolution que nous avons délimité dans la partie précédente, cela peut s'avérer plus complexe.

Premièrement, si un régime de responsabilité non étatique se concrétise, premier courant doctrinal en matière de légitime défense à l'encontre d'acteur non étatique (voir *supra* 3.5.2), le conflit opposera l'Etat victime à un acteur non étatique. La légitime défense et la neutralité, deux pans du droit international touchant à l'usage de la force, ne seront en effet pas applicables simultanément.

Deuxièmement, si la condition d'attribution est retenue (voir *supra* 3.5.1), alors ces deux droits peuvent être simultanément applicables. En effet, en cas d'attribution d'une agression armée d'un acteur non étatique à un Etat, l'Etat victime pourra légalement agir à l'encontre de l'Etat auquel l'acte a été attribué directement ou en s'attaquant à l'acteur non étatique dont les actes sont imputables à l'Etat. En conséquence, l'acte commis par un acteur non étatique va potentiellement donner lieu à un conflit entre l'Etat victime et l'Etat ayant le contrôle (qu'il soit global ou effectif, selon le critère retenu) sur cet acteur. Dans ce cas de figure, le droit de la neutralité est applicable.

Cette applicabilité n'obligera pas l'Etat neutre d'agir en légitime défense collective en soutenant l'Etat victime de l'agression armée. Il ne sera obligé de reprendre que les mesures de contraintes non-militaires. En cas de mesures coercitives prises sur la base du Chapitre VII, l'Etat neutre pourra choisir s'il participe ou non à l'intervention, et ce, sans violer sa neutralité.

Toujours dans ce cas de figure, si la légitime défense est applicable suite à l'agression de l'acteur non étatique, mais n'est pas reconnue par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII – par exemple parce que le veto d'un membre permanent l'en empêche –, alors une intervention viole le droit de la neutralité. Le principe de non-participation s'applique.

Troisièmement, si aucune évolution n'a lieu, et que la légitime défense est simplement considérée comme non applicable, alors l'usage de la force de l'Etat victime serait une violation de l'interdiction du recours à la force de l'article 2(4) de la Charte, et déclencherait potentiellement un conflit armé avec l'Etat sur le territoire duquel l'usage de la force a eu lieu. Dans ce cas de figure, le droit de la neutralité s'applique.

4.3. Conclusion intermédiaire

En résumé, en cas d'agression armée commise par un acteur non étatique, si, premièrement, un régime de responsabilité non étatique est retenu, alors le droit de la neutralité est inapplicable. Si, deuxièmement, la condition d'attribution est retenue, le droit de la neutralité s'applique. Si, troisièmement, aucune de ces propositions d'évolution n'est retenue, et que la légitime défense n'est pas considérée comme applicable, alors l'agression armée de l'acteur non étatique n'entraîne pas l'application du droit de la neutralité. Le recours à la force de l'Etat victime pourrait, quant à lui, entraîner un conflit entre deux Etats et donc, l'application du droit de la neutralité.

En ce sens, une évolution du droit international de la légitime défense en direction d'un régime de responsabilité non étatique, ou l'adoption d'une condition d'attribution (critère global ou effectif) aura un impact sur le droit de la neutralité : suivant l'évolution suivie, le droit de la neutralité trouvera ou non application pour le même conflit. Au vu de la conception souple et évolutive du droit de la neutralité suisse, celui-ci pourra absorber cette potentielle évolution future par une adaptation de sa politique de neutralité.

5. Conclusion

Les circonstances factuelles du recours à la force sont en pleine mutation. De guerres rangées entre Etats voisins du siècle dernier, les conflits se transforment au fil de l'évolution sociétale et économique. Les acteurs non étatiques ont désormais des moyens financiers, de communication et d'organisation leur permettant de commettre des agressions armées sur le territoire d'autres Etats.

En réponse à cette transformation, le droit entourant le recours à la légitime défense semble, lui aussi, en évolution. Conçu pour les conflits internationaux classiques impliquants des Etats, l'article 51 de la Charte des Nations-Unies ne peut répondre à ses nouveaux défis qu'au travers une interprétation dynamique et évolutive. Si la CIJ semble encore limiter l'application de l'article 51 à des agressions armées d'acteurs non étatiques attribuables à un Etat – et ce en suivant le critère du contrôle effectif -, la doctrine topique ouvre le champ d'application soit en admettant un standard d'attribution plus large par un critère de contrôle global, confirmant la jurisprudence du TPIY, soit en proposant un régime de responsabilité non étatique. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, la réaction de la communauté internationale à l'égard des quelques Etats invoquant la légitime défense à l'encontre d'un acteur non étatique a changé. La communauté internationale semble de plus en plus encline à admettre cette possibilité. Bien que cela représente les premiers signes d'une évolution, la pratique étatique limitée et l'acceptation fragile de la communauté internationale ne semblent pas être suffisantes pour affirmer que de celles-ci sont nées de nouvelles normes de droit international. Une consolidation de celles-ci par la pratique subséquente semble être nécessaire pour aboutir à une telle conclusion.

Si cette consolidation a bel et bien lieu, alors elle jouera un rôle important pour la Suisse non seulement en tant qu'Etat membre des Nations-Unies et donc soumise à sa Charte, mais aussi en tant qu'Etat neutre. En effet, que l'évolution du droit international de la légitime défense penche en faveur d'un régime de responsabilité non étatique, ou en faveur de l'adoption d'une condition d'attribution (critère global ou effectif), elle aura un impact particulier sur la Suisse puisqu'elle exclura, respectivement exigera l'application du droit de la neutralité. Si une telle évolution se confirme, la conception suisse du droit de la neutralité comme étant un instrument souple et évolutif au service de sa sécurité et de son indépendance (à l'exception du principe immuable de non-participation) permettra à la Suisse d'absorber cette potentielle évolution par la redéfinition de sa politique de neutralité.

6. Bibliographie

A. Livres

- Michael Bothe, 'The Law of Neutrality' in Dieter Flecker (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford University Press, 2013).
- Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2008).
- Olivier Corten, *The Law against War: the Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Hart Publishing, 2010).
- John H. Currie, *Public International Law* (Irwin Law, 2008).
- Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (Third Edition) (Cambridge University Press, 2001).
- Christine Gray, 'The Use of Force and the International Legal Order' in Malcom D. Evans (ed), *International Law* (Oxford University Press, 2006).
- Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester University Press, 2008).
- Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010).
- Steven R. Ratner, 'Self Defense against Terrorists: the Meaning of Armed Attack' in Nico Schrijver et Larissa Van Den Herik (eds) *The Leiden Policy Recommendations on Counterterrorism and International Law* (Cambridge University Press, à paraître).
- Jean Salmon (ed), *Dictionnaire de droit international public* (Bruylant/AUF, 2001).
- Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), *The Charter of the United Nations: a Commentary Vol. I* (Second Edition) (Oxford University Press, 2011).

B. Articles

- Ahmed I. Dawood, 'Defending the Weak States against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense' (2013), *Toronto Journal of International Law and International Relations* 9, pp. 1-37.
- Thomas M. Franck, 'Terrorism and the Right of Self-Defence' (2001) *American Journal of International Law* 98, pp. 839-842.
- Christopher Greenwood, 'Self Defence' (2011) *Max Planck Encyclopedia of Public*

International Law.

- Christopher Greenwood, 'International law and the Pre-Emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Quaida, and Iraq' (2003) *San Diego Journal of International Law* 4, p.7-37.
- Eric A. Heinze, 'The Evolution of International Law in Light of the 'Global War on Terror'' (2011) *Review of International Studies* 37, pp. 1069-1094.
- Christian Henderson, 'The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of 'Necessary Force'' (2010) *Journal of Conflict & Security Law* 15, pp. 403-434.
- Jörg Kammerhofer, 'The Armed Activities Case and Non-state Actors in Self-Defence Law' (2007) *Leiden Journal of International Law*, 20, pp. 89-113.
- Michael Kowalski, 'Armed Attack, Non-state Actors and a Quest for the Attribution Standard' (2010) *Polish Yearbook of International Law* 101, pp. 101-130.
- Sean D. Murphy, 'Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?' (2005) *The American Journal of International Law*, Vol. 99 No. 1, pp. 62-76.
- Mateja Peter, 'The Politics of Self-Defence: Beyond a Legal Understanding of International Norms' (2011) *Cambridge Review of International Affairs* 24, pp. 245-264.
- Natalino Ronzitti, 'The Expanding Law of Self-Defence' (2006) *Journal of Conflict & Security Law* 11, pp. 343-359
- Tom Ruys et Sten Verhoeven, 'Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence' (2005) *Journal of Conflict & Security Law* 10 (3), pp. 289-320.
- Christian J. Tams, 'Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case' (2005) *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.5, pp. 963-978.
- Christian J. Tams, 'The use of force against terrorists' (2009) *The European Journal of International Law* 20 (2), pp. 359-397.
- Christian J. Tams et James G. Devaney, 'Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence' (2012) *Israel Law Review* 45, pp. 91-106.
- Kimberley N. Trapp, 'Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors' (2007) *International and Comparative Law Quarterly* 56, pp. 141-156.
- Raphaël Van Steenberghe, 'Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward ?' (2010) *Leiden Journal of International Law* 23, pp. 183-208.

C. Conventions internationales

- Charte des Nations-Unies (24 Octobre 1945).
- Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910), RS 0.515.21.
- Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime (18 octobre 1907, entrée en vigueur le 26 janvier 1910), RS 0.515.22.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (12 août 1949, entrée en vigueur le 21 octobre 1950) 75 UNTS 135.
- Convention de Vienne sur le droit des Traités (23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980) 1155 UNTS 331.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (8 juin 1977, entrée en vigueur le 7 décembre 1978) 1125 UNTS 609.
- Statut de la Cour internationale de Justice (26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945).

D. Autres Documents

- CDI, 'Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-et-unième session' (14 mai – 3 août 1979) UN Doc A/34/10.
- CDI, 'Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session' (23 Avril – 1er juin et 2 juillet - 10 août 2001) UN Doc A/56/10.
- *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies*, UNGA Res 25/2625, GAOR, 25th session, UN Doc A/RES/25/2625 (24 octobre 1970).
- *Définition de l'Agression*, UNGA Res 29/3314, GAOR, 29th session, UN Doc A/RES/29/3314 (14 décembre 1974).
- Lettre datée du 23 septembre 2014 du représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique aux Nations-Unies adressée au Secrétaire général, UN Doc S/2014/695 (23 septembre 2014).

- Lettre identiques datées du 25 novembre 2014 du représentant permanent du Royaume Unis de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord aux Nations-Unies adressées au Secrétaire Général et au Président du Conseil de sécurité, UN Doc S/2014/851 (25 novembre 2014).
- UNSC RES 568 (21 juin 1985) UN Doc S/Res/568.
- UNSC Res 1368 (12 septembre 2001) UN Doc S/RES/1368.
- UNSC Res 1373 (28 septembre 2001) UN Doc S/RES/1373.

E. Jurisprudence internationale

- *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) (jugement)* [2005] ICJ Rep 168.
- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique) (jugement)*[1986] ICJ Rep 94.
- *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (avis consultatif)* [2004] ICJ Rep 136.
- *Le Procureur c. Duško Tadić (jugement)*[1999] TPIY 94-1-A.
- *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (avis consultatif)* [1996] ICJ Rep 226.
- *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas) (jugement)* [1969] ICJ Rep 3.

F. Sources internes

- Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.
- Rapport du Conseil fédéral sur la politique extérieure de la Suisse dans les années 90, Annexe: Rapport sur la neutralité, 29 novembre 1993, FF 1994 I 150.
- Pratique suisse de la neutralité – aspects actuels, rapport du groupe de travail interdépartemental, du 30 août 2000, disponible sur :
https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/fr/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/rapport-sur-la-pratique-neutralite-cours-conflit-kosovo-2000_FR.pdf
- La Neutralité à l'épreuve du conflit en Irak: synthèse de la pratique suisse de la neutralité au cours du conflit en Irak en réponse au postulat Reimann (03.3066) et à la motion du groupe UDC (03.3050), 2 décembre 2005, FF 2005 6535.