



CENTRE D'ÉTUDES
ET DE RECHERCHE
DE L'ÉCOLE MILITAIRE

La notion de guerre préventive

Oriane GINIES
Assistante de recherche au CEREM
Juriste en droit international

2007

Centre d'Études et de Recherche de l'École Militaire

CEREM - Ecole Militaire – 21, place Joffre – 00445 Armées
Tél. : 01 44 42 45 34 - Fax : 01 44 42 43 84
Internet : publications@cerems.defense.gouv.fr

Sommaire

Introduction	3
1. La légalité de la guerre préventive.....	4
1.1. L'appréciation du caractère licite de la notion de légitime défense préventive	4
1.1.1. Présentation de la notion de légitime défense préventive dans un contexte de non recours à la force.	4
1.1.2. La licéité des actions militaires préventives sur consentement de l'ONU.....	5
1.2. Le caractère illicite de la notion de légitime défense préventive au regard des critères de la légitime défense classique	7
1.2.1. Le non-respect des critères de nécessité et de proportionnalité de la riposte	7
1.2.2. L'extension abusive du concept de légitime défense au regard de l'opération « liberté immuable »	8
2. La légitimité de la guerre préventive.....	9
2.1. Les facteurs favorables à la guerre préventive	9
2.1.1. « Mieux vaut prévenir que guérir » : la doctrine favorable à une approche évolutive du droit international	9
2.1.2. les tentatives de justification de la guerre préventive : État de nécessité ?	11
2.2. Les facteurs défavorables à la guerre préventive	12
2.2.1. Le refus par l'O.N.U de défendre la nouvelle doctrine américaine de la légitime défense anticipative	12
2.2.2. L'incompatibilité des interventions armées unilatérales avec les buts et principes de l'ONU	13

* *

*

Introduction

Introduction

« *SI VIS PACEM PARA BELLUM* » : « Si tu veux la paix prépare la guerre ». Sous l'empire du droit archaïque, la souplesse des règles était telle que les États avaient une très grande latitude quant à la conduite de leurs relations internationales¹. Dans ce modèle anarchique, aucune norme n'interdisait à un État de faire la guerre². La force était considérée comme source principale de légitimité et les nations pouvaient recourir à la violence armée pour mettre en œuvre leurs droits ou protéger leurs propres intérêts. La guerre préventive, était donc permise tant qu'elle pouvait être considérée comme juste.

Élaborée, au moment où l'épreuve de la seconde guerre mondiale plus meurtrière que la première était en cours, la Charte des Nations Unies consacre, l'acquis du Pacte Briand-Kellogg de renoncement du recours à la guerre³.

Sur le plan normatif l'évolution est menée à son terme par l'article 2 § 4 de la Charte interdisant de recourir « à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». Contrairement au pacte de Paris, qui procédait à une énumération des hypothèses de guerres illégitimes, l'article 2 § 4 de la Charte appelle à une étude au cas par cas de la compatibilité de l'emploi de la force « avec les buts des Nations Unies ».

En 1945, lors de la conférence de San Francisco, les États signataires n'éprouvaient qu'une confiance limitée dans l'efficacité du système de sécurité collective qu'ils allaient instituer. En contrepartie de la renonciation à l'emploi de la force qu'ils concédaient aux Nations Unies, le principe de légitime défense devait être présent dans la Charte.

Ainsi, l'article 51 de la Charte, reconnaît de façon expresse aux États, un « droit naturel de légitime défense, individuelle et collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée ». La place même de cet article, au sein du Chapitre VII consacré à la sécurité collective, est significative⁴.

La première entorse au principe de non recours à la force est née. Les ambiguïtés de la rédaction de cet article apparaissent essentiellement à propos de trois problèmes : la définition de la force prohibée, la signification de l'expression « dans leurs relations internationales », et les cas où le recours à la force serait licite⁵.

L'article 51 permet le recours à la force seulement en réaction à « une agression armée », et à condition que l'État qui agit en légitime défense informe immédiatement le Conseil de sécurité des mesures qu'il a pris pour se défendre.

Un comité spécial d'étude a été créé en 1967, dont les travaux ont abouti en 1974 dans une résolution 3314, donne une définition de l'agression armée qui est : « *l'emploi de la force par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État ou de tout autre manière incompatible avec la Charte* ». La portée de la définition retenue par la résolution de 1974 est limitée, ce qui laisse au **Conseil de sécurité un rôle décisif** dans la mise en application de l'article 51. Le droit de légitime défense ne peut être invoqué qu'aussi longtemps que le Conseil de sécurité n'a pas pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et il doit être exercé en tenant immédiatement informé le Conseil de sécurité des mesures prises. En sus, des conditions de nécessité et de proportionnalité ont été établies afin de prévenir toute dérive à l'interprétation de cet article.

¹ H. Wehberg, « L'interdiction du recours à la force : le principe et les problèmes qui se posent », RCADI, 1951-1, p.21.

² A. Cassese, *Le droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, Paris, 1986, p.34.

³ Pacte Briand-Kellogg entré en vigueur le 24 Juillet 1929, citation de l'article 1^{er} : « Les Hautes parties contractantes déclarent solennellement qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles ».

⁴ P. Daillier, A. Pellet, « Droit international public », L.G.D.J, Nguyen Quoc Dinh 2002, 7^{ème} éd., p.941 §566.

⁵ M. Virally, « Commentaire de l'article 2§4 », in J.P Cot et A. Pellet, p.21.

Or, si les États semblent d'accord sur le principe de réglementation de l'usage de la force dans les relations internationales, ils ont très souvent, des conceptions différentes et parfois divergentes de la consistance et des implications de cette réglementation. Si bien que les verrous posés, tant par le droit coutumier que par le droit conventionnel, sont fragilisés sous la pression de la pratique étatique. Les États ont donc, tenté de donner des interprétations extensives de l'article 51 de la Charte dans le but d'en élargir la portée normative.

De ces divergences d'opinion sont nées des difficultés d'interprétation quant au statut de l'agresseur⁶, la qualité de victime⁷, ou encore quant à l'agression armée et plus particulièrement la légitime défense préventive. Entre apercevant une brèche dans le système normatif de la Charte de Nations Unies, certains se sont essayés à une interprétation extensive de la notion de légitime défense leur permettant une action coercitive armée.

La question qui se pose actuellement est de savoir si la guerre préventive est licitée par les normes conventionnelles ou encore légitimée par la pratique des États et le nouveau contexte international ? Afin de répondre le plus précisément possible à cette question, nous étudierons dans un premier temps la légalité de la guerre préventive (I), dans une seconde partie nous approfondirons les tentatives de légitimer cette action de guerre préventive (II).

1. La légalité de la guerre préventive

L'interprétation du champ d'application restreint de la notion de légitime défense préventive licitée par la Charte des Nations Unies (A) rend souvent l'utilisation de cette notion par les États illicites, au regard des critères de légitime défense classique (B).

1.1. L'appréciation du caractère licite de la notion de légitime défense préventive

Il est nécessaire de définir la notion de légitime défense préventive au regard du principe de non recours à la force armée (1), et de déterminer les conditions permettant de rendre licite les actions militaires préventives (2).

1.1.1. Présentation de la notion de légitime défense préventive dans un contexte de non recours à la force.

L'ambiguïté de l'article 51 de la Charte des Nations Unies, autorisant la légitime défense, est susceptible de toutes les interprétations que les États, qui l'utilisent, en font. La détermination du champ de compétence de l'article 51 et son domaine d'action permet a priori d'éviter tout abus et d'en déduire la place qui sera faite à la notion de légitime défense préventive. Mais les interprétations divergentes des États de la communauté internationale rendent ce travail des plus délicats.

La question qui se pose automatiquement est celle de savoir si l'article 51 autorise la légitime défense même quand il n'y a pas d'agression armée en cours, et lorsqu'on a la « certitude » d'une imminente attaque militaire de la part d'un autre État, d'un autre sujet de droit international ou même d'un groupe terroriste.⁸ A cette question, certains États se sont essayés à une interprétation extensive de la notion de légitime défense afin de justifier la licéité du concept de légitime défense préventive.

⁶ La notion de LD ne serait elle pas utilisable lorsque l'attaque est le fait d'individus ? L'article 51 lui-même ne dit rien quant à la source de l'agression armée déclenchant le droit à la LD. Les Etats admettent aujourd'hui que la LD puisse s'exercer contre des **attaques terroristes** venant d'un autre sujet de droit international ou d'une organisation terroriste tolérée voire assistée par un Etat souverain qui engage sa responsabilité internationale. Mais il est nécessaire de prouver un certain lien entre les terroristes et cet Etat.

⁷ C'est un cas que l'on a pu constater surtout dans les années 60-80 lorsque de nombreux Etats occidentaux ont employés la force pour protéger leurs ressortissants sur un territoire étranger de graves menaces ou actions armées contre leur vie ou leurs biens. Ex : Belgique intervient au Congo en 1960, les USA en république dominicaine en 1965, ou Israël en Ouganda en 1976.

⁸ A. Cassese, Commentaire de l'article 51 de la Charte in J.-P. Cot et A. Pellet dir., *La Charte des Nation Unies*, Economica 2^{ème} éd., 1991, p.771-793.

À l'époque des missiles et des armes nucléaires, il serait vain et absurde de soutenir qu'un État doit attendre sans réagir l'attaque de l'adversaire même quand il est tout à fait conscient que cette attaque va se vérifier au moyen d'armes destructrices et mortelles. Selon l'internationaliste M. McDOUGALL⁹, un des partisans les plus convaincus de cette thèse, imposer aux États d'attendre sans bouger l'agression serait « transformée en une farce le but principal de la charte de Nations Unies qui est celui de réduire au minimum les hypothèses d'emploi illicite de la force et de violence entre États ». Quiconque serait d'un avis contraire n'a jamais vu l'horrible réalité du monde dans lequel nous vivons, en particulier pour les petits États, si vulnérables et si peu capables de survivre à une attaque nucléaire.¹⁰

Les juristes et spécialistes se sont battus sur le fondement juridique de légitime défense à savoir si la légitime défense préventive était prévue dans l'article 51. Certaines thèses contraires ont été élaborées par d'éminents juristes tels que H. WALDOCK ou encore J. STONE mais ce qui est apparu comme décisif fut la pratique des États et les opinions juridiques que ceux-ci ont exprimées.

En ce qui concerne le raid Israélien du 2 décembre 1975 contre des camps de palestiniens au Liban, le Ministre israélien de la défense avait affirmé le 3 décembre qu'il s'agissait d'une « action préventive » car les raids visaient à prévenir des attaques de sabotage contre Israël.

Tous les membres du Conseil, les occidentaux, les pays du Tiers-monde et les pays socialistes condamnèrent ces attaques. Le veto américain empêcha le Conseil de sécurité de prendre une résolution condamnant ces actes. Action punitive ou préventive l'amalgame est vite réalisé.

Est-ce que les États vont être autorisés eux-mêmes à déterminer ce qui peut être qualifié d'action préventive ? S'il en était ainsi cela conduirait l'ordre international à la loi de la jungle, ce qui est loin de celui fondé sur les principes de la Charte des Nations Unies.¹¹

D'un autre côté, les États-Unis et la Grande Bretagne ont insisté sur le bien-fondé de la légitime défense préventive, de même que leurs recours *en fait*, à cette forme de légitime défense en 2003 contre l'Irak¹². Mais la plupart des États n'ont pas été convaincus par cette thèse. L'opinion majoritaire a été exprimée par l'ancien Président français J. CHIRAC en 2002, lors d'une interview pour le *New York Times*. Il nota « qu'à partir du moment où une nation se donne le droit d'agir préventivement, cela veut dire naturellement que d'autres nations le feront. Et qu'est ce qu'on dira dans l'hypothèse, qui est naturellement une hypothèse d'école si la Chine veut agir préventivement sur Taïwan en disant qu'il la menace ? C'est une doctrine extraordinairement dangereuse pouvant avoir des conséquences dramatiques.

Une action préventive peut être engagée si nécessaire mais il faut qu'elle ait été prise par la communauté internationale qui, aujourd'hui est représentée par le Conseil de sécurité des Nations Unies.

1.1.2. La licéité des actions militaires préventives sur consentement de l'ONU

Comme tout recours à la force, en dehors de l'hypothèse de la légitime défense ordinaire, la guerre préventive ne peut être licite que si elle est initiée, autorisée, décidée et encadrée par le Conseil de sécurité, dans l'intérêt de la communauté internationale.¹³

Au terme de l'article 24 de la Charte, les Membres de l'O.N.U confèrent au Conseil de sécurité « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité, le Conseil de sécurité agit en leur nom ». Le Conseil qui dispose du pouvoir, dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, d'autoriser une

⁹ M. McDOUGALL, « The Soviet-Cuban quarantine and Self-Défense », AJIL, 1963, vol ; 57, pp.600-601.

¹⁰ S/PV.2288, p.36 (texte anglais dans *International Legal materials*, 1981, vol. 20, p.989) [traduction].

¹¹ S/PV.1859, pp. 47-48/50.

¹² Ces deux Etats n'ont pas formellement mentionnés la légitime défense préventive comme cause de justification de leur action militaire, les Etats-Unis seuls faisant référence à cette notion dans un premier temps.

¹³ N. MOUELLE KOMBI, « La guerre préventive et le droit international », éd Dianoiã, Jus data, p.71.

intervention militaire même si aucune agression armée n'a été commise¹⁴, n'a eu à avaliser ou à couvrir des opérations militaires coercitives que très exceptionnellement depuis 1945¹⁵.

Le Conseil de sécurité dispose de pouvoirs en matière de qualification juridique, ensuite de la faculté de faire des recommandations ou de prendre des décisions, dans la perspective du recours à la contrainte armée par un État défaillant ou fautif. Ce pouvoir de qualification juridique permet au Conseil de constater qu'une situation internationale donnée relève soit d'une menace contre la paix, soit d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression¹⁶.

À titre d'illustration, l'on examinera le rôle joué par le Conseil de sécurité dans le cadre de la crise congolaise (1960), yougoslave (1990-1995) ainsi que la crise née de l'invasion du Koweït par l'Irak. L'opération des Nations Unies au Congo (O.N.U.C) ne correspond en vérité pas au schéma initial du Chapitre VII de la Charte. Certes, les troupes dépêchées au Congo ex-belge par les Nations Unies ont dû recourir à la force sur le terrain¹⁷, mais initialement, il ne s'agissait que de simples forces de maintien de la paix¹⁸. De l'avis de la C.I.J, il n'y a pas eu, dans ce cas, d'action coercitive au sens du Chapitre VII, les opérations militaires ayant été conduites non pas contre un État, mais contre des groupes armés dépourvus de mandat étatique. Le fondement juridique de l'O.N.U.C se situait davantage dans le chapitre VI de la Charte (règlement pacifique des différends) que dans le chapitre VII.

Dans le cadre de la crise yougoslave, le Conseil de sécurité, édifié tant par l'inefficacité de ses sanctions non militaires que par l'échec de la force de protection des Nations Unies (Forpronu), avait dû demander aux États et aux organisations régionales de « prendre des mesures qui soient en rapport avec les circonstances du moment selon qu'il sera nécessaire, sous l'autorité du Conseil »¹⁹. À la suite de nombreuses résolutions, l'Otan a recouru à des actions de coercition militaire armée contre la Yougoslavie (Serbie et Monténégro)²⁰.

Enfin, en ce qui concerne la crise irako koweïtienne, le Conseil de sécurité avait été très prompt à autoriser l'usage de la force contre l'agresseur. Par la résolution 660, le Conseil condamne immédiatement l'invasion du Koweït par l'Irak et le 9 août décide que l'annexion est *nulle et non avenue*.

L'implication du Conseil de sécurité dans cette affaire est exemplaire. En cinq mois il votera plus de résolution qu'il n'en a votée en 45 ans d'existence. La fameuse résolution 678 de 1990 qui a autorisé implicitement l'emploi de la force armée, ouvrira les portes à la célèbre opération *tempête du désert* déclenchée le 17 janvier 1991. Le bilan matériel et humain est extrêmement lourd, cependant au regard du droit international, la guerre est juste et justifiée. L'O.N.U a avalisé le recours à la force parce qu'il y a eu rupture effective de la légalité internationale par l'Irak.

La charte réserve à l'O.N.U ce que l'on pourrait appeler le « monopole de la contrainte armée préventive » et ceci afin d'éviter les abus et de préserver l'autorité du Conseil de sécurité en tant qu'organe chargé de la mise en œuvre de la sécurité collective.

Cette étude sur la licéité de la notion de légitime défense préventive et de guerre préventive permet d'avoir un aperçu général du champ assez restreint de cette interprétation extensive de l'article 51.

¹⁴ T. CHRISTAKIS, « Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive ? », Intervention en Irak et le droit international, CEDIN 2004, p.15.

¹⁵ N. MOUELLE KOMBI, *op.cit.*

¹⁶ Ces trois hypothèses sont prévues par l'article 39 de la Charte.

¹⁷ Cf. M. VIRALLY, « Les Nations Unies et l'affaire du Congo », *AFDI*, 1960, p. 557-597.

¹⁸ Cf. M. FLORY, « L'ONU et les opérations de maintien de la paix », *AFDI*, 1965, p.446-468.

¹⁹ Résolution 781 (1992).

²⁰ L. CONDOLLERELLI et D. PETROVIC, « L'ONU et la crise yougoslave », *AFDO*, 1992, p.32-60 ; T. CHRISTAKIS, l'ONU, le chapitre VII et la crise yougoslave, Paris, Montchrestien-CEDIN, Paris I, 1996.

1.2. Le caractère illicite de la notion de légitime défense préventive au regard des critères de la légitime défense classique

En vertu du droit international général, la licéité de la riposte en légitime défense à une agression armée, intègre des critères de nécessité et de proportionnalité (1) ce qui rend difficile l'assimilation de la guerre préventive à la guerre de légitime défense. Cette interprétation sera étayée par l'extension abusive du concept de légitime défense dans l'opération « liberté immuable » (2).

1.2.1. *Le non-respect des critères de nécessité et de proportionnalité de la riposte*

a) La riposte doit être d'une nécessité impérieuse et irrésistible

Il doit exister un péril agressif majeur, réel et antérieur à la riposte. L'usage de la force doit apparaître comme un ultime recours. Les réactions militaires ne sauraient être admises que dans des circonstances exceptionnelles motivées par l'urgence et imposées par l'absence d'alternative²¹.

L'article 51 de la Charte précise que le droit naturel de légitime défense, dans le cas où un État est l'objet d'une agression armée, s'exerce « jusqu'à ce que le Conseil ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationale ». L'immédiateté de l'attaque n'impose pas la riposte instantanée. Un certain laps de temps peut s'écouler entre l'une et l'autre. Mais l'exigence de concomitance est l'un des critères distinctifs entre légitime défense et représailles armées. Il doit exister une corrélation entre la gravité de l'agression armée et les risques encourus par l'État agressé dans le domaine de sa sécurité. Ainsi, les mesures de légitime défense, parce que non punitives, doivent, pour rester licites, être utiles et nécessaires. Il est important d'évaluer le caractère raisonnable et réel du péril encouru par l'État agressé. L'arrêt de la C.I.J au sujet des affaires militaires et paramilitaires du Nicaragua, peut à plusieurs égards être interprété comme ne reconnaissant de légitimité à une riposte qu'en cas d'agression armée déjà survenue et non pas de menace d'attaque hypothétique.²²

La légitime défense apparaît dans tous les cas, comme l'ultime recours de l'État dont les intérêts vitaux, dans le domaine de la sécurité, sont effectivement et dangereusement menacés. La riposte hâtive et déraisonnable peut par ailleurs, apparaître comme une violation du principe fondamental du règlement pacifique des différends.

Le droit international coutumier met à la disposition des États une multiplicité de moyens juridiques, politiques ou diplomatiques pour réaliser l'ajustement et le règlement pacifique des différends, conformément à l'article 33 de la Charte.

b) La riposte doit être proportionnée à l'attaque

L'article 51 ne permet pas à l'action militaire, d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour repousser l'agression.

On ne doit pas, sous prétexte de légitime défense donner à des conflits minimes des dimensions redoutables. Ce respect de proportionnalité est une condition de la licéité des mesures de légitime défense.

Par exemple, les bombardements massifs entrepris par Israël au sud du Liban en juillet 2006 suite à l'enlèvement de deux soldats israéliens par la milice chiite Hezbollah ont été qualifiés de riposte disproportionnée. Selon le Pr. Roger Pinto, les moyens mis en œuvre doivent être ceux nécessaires et suffisants pour mettre fin aux actes d'agression et les empêcher.

Cette exigence de proportionnalité de l'action entreprise en état de légitime défense a également trait au rapport entre cette action et le but à atteindre. Il est interdit qu'un territoire ripostant en légitime défense occupe militairement le territoire de l'agresseur de manière prolongée et à plus forte raison annexe ce territoire.

²¹ N. MOUELLE KAMBI, op. cit, p. 114.

²² CIJ, Rec, 1986, p. 103 §. 195

1.2.2. *L'extension abusive du concept de légitime défense au regard de l'opération « liberté immuable »*

La « légitime défense » a constitué l'argument juridique essentiel avancé par les États-Unis en vue de justifier le déclenchement de l'opération « justice sans limite », bientôt rebaptisée « liberté immuable ». Cet argument posait d'emblée problème au regard du droit international établi par la Charte des Nations Unies, qui limite cette hypothèse à la riposte nécessaire et proportionnée par un État à une agression armée perpétrée par un autre État.

À ce stade, la question de la conformité de l'argument de la légitime défense au droit international renvoie tout simplement lieu aux exigences juridiques que l'on peut déduire de l'article 51 de la Charte.

a) L'existence préalable d'une agression armée

La première condition nécessaire pour justifier de la légitime défense dans le cas de la riposte aux attaques du 11 septembre et le fondement de l'opération « liberté immuable » consiste en l'existence préalable d'un acte d'agression armée de la part de l'État afghan. Ni les États-Unis, ni même la Grande Bretagne n'ont prétendu que c'était le régime des Talibans qui avaient commis cette agression armée. Selon ces États, Al-Qaeda serait à l'origine des attentats, le régime Taliban n'aurait seulement que toléré, abrité voire aidé cette organisation à s'implanter en Afghanistan.

La résolution 3 314 de 1974 est très claire, et montre que ce n'est qu'à des conditions très strictes, que l'on pourra imputer à un État, des actes d'agression qui auraient été perpétrés par des « forces irrégulières »²³. C'est sans doute sur cette base que la C.I.J a, dans l'affaire des activités militaires et para militaires du Nicaragua, pu estimer, que « l'accord apparaît aujourd'hui général sur la nature des actes pouvant être considérés comme constitutifs d'agression armée », pour ensuite affirmer que la définition contenue à l'article 3 g) de cette résolution 3 314 pouvait être « considérée comme l'expression du droit international coutumier ». La C.I.J précise alors qu'elle ne pense pas que la notion d'agression armée puisse recouvrir une assistance à des rebelles prenant la forme de fourniture d'armements ou d'assistance logistique ou autre.²⁴ L'O.N.U à son tour, n'a elle aussi, jamais retenu l'argument de la légitime défense pour justifier une riposte à une prétendue agression armée indirecte constituée par un simple soutien à des forces irrégulières.²⁵

L'argument de la légitime défense pour repousser une agression indirecte n'a pas connu davantage de succès dans des précédents qui ont été caractérisés par des dizaines, voire des centaines de milliers de morts comme, par exemple, en RDC. L'Ouganda et le Rwanda ont justifié leur occupation du territoire congolais comme une riposte aux soutiens que les autorités congolaises apportaient à des forces irrégulières. Au final, la pratique est loin de remettre en cause le texte clair de la définition juridique de l'agression élaborée au sein de l'Assemblée générale de l'O.N.U, texte dont le sens a été illustré par la C.I.J dans une affaire de principe qui garde sa pertinence.

b) Une riposte nécessaire et proportionnée

Comme son nom l'indique, la légitime défense est conçue comme la riposte à une agression armée et non une opération à vocation défensive. La riposte ne peut viser qu'une agression qui a eu lieu, et non prévenir des agressions futures qui sont par essence éventuelles, et donc incertaines.

Les éléments qui ont étayé la logique de guerre nord-américaine relèvent plus de la rhétorique politique que de l'argumentation juridique comme par exemple « faire payer aux Talibans qui n'ont pas voulu répondre aux exigences américaines »²⁶.

²³ P. Lomberti Zanardi, « Indirect Military aggression » in A. Cassese (Ed.), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 1986, pp.111-119.

²⁴ C.I.J, *Affaire des activités militaires et para militaires du Nicaragua*, Recueil 1986, p. 104.

²⁵ Voy. D.Simon et L-A. Sicilianos ; « La « contre violence » unilatérale. Pratiques étatiques et droit international », AFDI, 1986, pp. 61 et s.

²⁶ Déclarations du Président Bush, October 7, 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/10/20011007-8.html>.

La position défendue par les États-Unis pose problème par rapport au droit international existant. Dans l'ensemble, cette défense semble conçue comme une opération de police à la fois de répression (des crimes perpétrés) et de prévention (du risque que de nouveaux crimes se produisent). Les cibles, la durée et les modalités de cette « légitime défense » ne sont pas précisées, et semblent pouvoir s'élargir sans que, comme le proclame très explicitement l'ambassadeur Negroponte, aucune limite ne vienne l'encadrer.²⁷

Les conditions tirées du caractère « nécessaire » de la riposte armée n'ont même pas été envisagées. Pour que cette condition de nécessité soit validée, il est important que l'État épuise tous les moyens possibles en son pouvoir avant d'arriver à cette extrémité.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir pourquoi les États-Unis n'ont pas pris des mesures telles que l'arrêt de l'aide au Pakistan ou à l'Arabie, dont il est de notoriété publique qu'ils soutenaient le régime des Talibans ?

Il semblerait, pour répondre à cette question, que certains analystes ont mis en évidence le fait que les États-Unis ont, un temps, soutenu le régime Taliban. De ce fait il semble impossible, qu'ils se prévalent d'une situation qu'ils ont eux-mêmes, en partie, provoqué. De plus les États-Unis ont refusé de demander au Conseil de sécurité de jouer son rôle dans le maintien de la paix, conformément à l'article 51 de la Charte pour ne pas être limité dans leurs actions par les résolutions que le Conseil aurait pu prendre. Il est donc indéniable que, dans ces conditions, on ne peut pas estimer que tous les moyens aient été épuisés avant de décider de recourir unilatéralement à l'emploi de la force.

Nous venons d'étudier l'impossibilité pratiquement totale, pour les États actuellement de justifier d'une guerre préventive au regard de la notion de légitime défense préventive qui porte déjà en elle les stigmates du non-respect de recours à la force. Cependant, la pratique des États jouant un rôle fondamental dans le droit international va sans doute tenter de légitimer ces actions par d'autres moyens.

2. La légitimité de la guerre préventive

Il est assez difficile de gérer la zone grise entre la légalité, la légitimité et le recours à la force. Nous étudierons dans un premier temps les facteurs favorables à la guerre préventive afin d'éviter les conflits au regard d'exemples actuels tel que la guerre en Irak et la tentative de justification par ces États de tels actes (A), ainsi que les facteurs défavorables à cette guerre (B) tels que le refus onusien de couvrir la guerre préventive en Irak et l'incompatibilité de l'intervention armée unilatérale avec les buts et principes des Nations Unies (B).

2.1. Les facteurs favorables à la guerre préventive

2.1.1. « Mieux vaut prévenir que guérir » : la doctrine favorable à une approche évolutive du droit international

a) Un contexte international changeant

Les attentats du 11 septembre 2001 ont élargi le spectre du terrorisme international : Un petit groupe de terroristes peut infliger des destructions sur une échelle massive. Cette attaque a fait voler en éclat les normes du comportement international qui ne correspondaient ni aux termes du *jus ad bellum*, ni à

²⁷ P-M. Dupuy et J-P. Queneudec, RGDIP, « Opération liberté immuable » : une extension abusive du concept de légitime défense », éd. A. Pedone, p. 73.

ceux du *jus in bello*. Les États-Unis étaient autorisés à réagir à l'attaque directe et l'action qu'ils ont menée en Afghanistan a connu un large soutien international.²⁸

Ces actes de guerre conduits par les terroristes n'étaient pas conformes aux normes internationales reconnues et le statut de ces terroristes n'était pas celui de « combattants », puisque ceux-ci visaient des civils en plus d'être disproportionnés et de tuer des milliers de gens. Les États-Unis devaient donc élaborer une nouvelle stratégie pour se défendre et prévenir une éventuelle nouvelle attaque. Le concept de guerre préemptive est né afin de justifier les attaques de terroristes potentiels avant qu'ils ne frappent.

Une distinction fondamentale doit être établie entre le concept de guerre « préemptive » et celui de guerre « préventive ». Une guerre « préemptive » ne peut être menée qu'en cas d'existence de preuves matérielles démontrant l'imminence du danger et la nécessité d'agir²⁹. La préemption n'utilise les atouts militaires que dans le but d'arrêter l'accumulation de moyens qui pourraient constituer une menace stratégique. Cette préemption se présente comme une réaction à une menace qui n'est censée être utilisée que par les États-Unis.

La guerre « préventive », quant à elle, s'attelle à lutter contre une menace plus stratégique pesant sur les États-Unis et sur le monde. C'est une vision globale visant à empêcher l'émergence de la violence de masse et comporte des composants tant structurels qu'opérationnels. Ces frappes sont limitées dans le temps et dans l'espace.

La communauté internationale doit réellement se préoccuper de l'environnement changeant concernant l'usage de la force. La stratégie américaine de sécurité, tout en essayant de régler les problèmes existants, donne matière à débattre : comment le cadre développé pour la gestion des conflits entre États peut-il s'adapter aux acteurs non étatiques ? Est-ce que les nouvelles pratiques de la légitime défense pourraient provoquer une évolution du droit international ?

b) La doctrine favorable à une interprétation évolutive de la légitime défense

Le droit international n'est pas figé, il est capable d'adaptation lorsque la nécessité sociale l'impose. Les États-Unis de leur côté n'ont pas seulement annoncé une réorientation de leur politique de sécurité, ils ont également mentionné la nécessité de modifier le droit international pour l'adapter aux menaces actuelles³⁰. Les États-Unis promeuvent une nouvelle interprétation d'une règle déjà existante. La pratique joue un rôle essentiel dans le processus de formation d'une nouvelle règle coutumière, mais elle n'est prise en compte que de manière incidente, lorsqu'il s'agit d'adopter une nouvelle interprétation d'une règle existante. La modification dont les autorités américaines soutiennent l'introduction en droit international est clairement circonscrite. Il s'agit d'une application particulière de la légitime défense au sujet de laquelle subsistent des zones d'ombre. La C.I.J a évité de se prononcer, dans son arrêt des activités militaires, sur la possibilité d'user de la force pour prévenir une agression qui ne s'est pas encore produite. L'article 51 de la Charte indique que la légitime défense peut être exercée « dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée ». Dans cet article, le présent est utilisé afin d'éviter une application de la légitime défense à une attaque « éventuelle ». Mais est-ce que la charte interdit, par là même, de se défendre contre une action future ? Tout rejet catégorique au recours à la légitime défense est contraire au droit fondamental que possède tout État à la survie, et donc le droit qu'il détient de recourir à la légitime défense. L'administration américaine conclut que, face aux attaques terroristes : « Nous devons adapter le concept de menace imminente aux capacités et aux objectifs des adversaires d'aujourd'hui », elle envisage même de mener une action anticipative en s'appuyant sur une « menace ou un péril imminent » (notion qui a été interprétée de manière très large par la C.I.J dans l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros*, puisqu'elle considère qu'un événement peut être considéré comme imminent même lorsqu'il est susceptible de survenir à une date indéterminée et lointaine).

En définitive, il n'y a aucun obstacle d'ordre logique à admettre la légitime défense anticipative tant qu'elle n'est pas étendue à des menaces potentielles. La nouvelle doctrine des États-Unis semble

²⁸ E. Brimmer, « Les tensions Transatlantiques aux Nations Unies et le recours à la force », *AFRI*, 2005, p.91.

²⁹ M. Tchenzette, « La légitime défense préventive, une hérésie à l'encontre du droit international », [Site : vigirak.com].

³⁰ P. Weckel, « Nouvelles pratiques américaines en matière de légitime défense ? », *AFRI*, 2005, p. 128-137.

donc compatible avec la règle de la légitime défense, telle qu'elle peut être interprétée à la lumière de la jurisprudence « Gabcikovo » de la C.I.J.

2.1.2. les tentatives de justification de la guerre préventive : État de nécessité ?

Les États invoquent souvent la « légitime défense » pour décrire ce qui n'est qu'un État de nécessité. Nous avons vu supra, que le droit de légitime défense ne peut être exercé qu'en cas d'agression armée et en aucun cas préventivement. Cela signifie-t-il pour autant qu'un État qui apprend qu'un groupe armé ou un groupement terroriste prépare, au moyen d'armes biologiques ou chimiques, une attaque ne puisse rien faire et doit attendre patiemment le déclenchement de celle-ci ? L'état de nécessité pourrait-il justifier aujourd'hui une intervention militaire « préventive » destinée à supprimer un « péril grave ou imminent » ?

a) La notion d'état de nécessité

Dans le commentaire de l'article 26 du projet final sur la responsabilité de la Commission du Droit International (ci-dessous : C.D.I), il est noté que « l'interdiction de l'agression » est une norme impérative de *jus cogens* « clairement acceptée et reconnue » et non pas la prohibition du recours à la force en général³¹. Si l'on adhère à cette approche, qui n'est infirmée ni par la résolution 3314 de l'Assemblée générale, ni par la jurisprudence de la C.I.J, on doit conclure que le *jus cogens* n'exclut pas complètement la possibilité d'invocation de l'état de nécessité pour justifier une action préventive d'autoprotection armée, mais l'impossibilité d'invoquer l'état de nécessité porte sur tout ce qui sera qualifié d'acte d'agression, ce qui représente un obstacle majeur.

Si la C.D.I pensait que l'excuse de l'état de nécessité avait suffisamment été prise en compte par les règles primaires (réglementation du recours à la force par la Charte), pourquoi a-t-elle continué à accorder, dans tous ces commentaires sur l'état de nécessité de longs développements à certains cas d'autoprotection armée ? On peut penser que c'est seulement parce qu'elle n'a pas voulu exclure l'invocation de l'état de nécessité pour justifier certains cas de recours limité à la force.³² Cela nous amène à la conclusion que l'état de nécessité ne pourrait, à la limite, être invoqué que dans le cas de « circonstances exceptionnelles » qui ne sont pas envisagées par l'article 51. L'excuse pourrait être avancée par un État qui souhaite faire face à un péril grave et imminent émanant d'un groupe armé qui prépare, contre lui, une attaque ou une action terroriste sur le territoire d'un État « innocent ». Mais cette excuse ne peut pas être avancée si ce même État est à l'origine de la programmation de l'attaque. Il semble ici fondamental de souligner que la règle secondaire de l'état de nécessité ne peut pas créer, par des moyens détournés, une nouvelle exception à la règle primaire de l'interdiction du recours à la force.

Cette analyse ne nous a pas permis d'exclure la possibilité d'invoquer l'état de nécessité comme une cause d'exonération de la responsabilité d'un État qui entreprend une action armée d'autoprotection sur le sol d'un autre État, mais elle a montré toutes les limites d'une telle tentative. Cependant, certaines conditions émanent de l'état de nécessité constituant ainsi, des limites à son application.

b) Les conditions d'application de l'état de nécessité

Un intérêt essentiel de l'État doit avoir été mis en cause. Il faut que cela touche l'État lui-même qui a violé la règle et non pas l'intérêt essentiel d'un État tiers ou de la communauté internationale dans son ensemble.

Cet intérêt essentiel doit être menacé d'un péril « grave » et « imminent ». L'affaire de l'Irak confirme que des craintes vaines ne peuvent jamais justifier une action militaire. Le péril invoqué par l'État qui a recours à une autoprotection armée doit être non seulement « extrêmement grave » et « certain », mais aussi « imminent » au sens chronologique du terme.

³¹ Voir le commentaire de l'article 26, in *Rapport de la CDI*, A/56/10,2001, pp.221 et ss.

³² J. Salomon, « Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international ? », in MAKARCZYK (J.), (éd), *Etudes de droit international en l'honneur du juge M. Lachs*, The Hague/Boston, M. Nijhoff, 1984, p.267.

Un recours limité à la force ne pourrait être excusé que s'il s'agissait du seul moyen possible pour conjuguer le péril. Cela signifie, non seulement que ce moyen est inadmissible si le danger pouvait être écarté par un autre moyen, même beaucoup plus onéreux, mais aussi que toute disproportion de moyens ou de temps rend l'action inexcusable. Enfin, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué pour justifier un fait non-conforme à une obligation internationale si ce fait porte gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État à l'égard duquel l'obligation existe. La question est donc de savoir si une opération militaire même limitée sur le sol d'un autre État viole *ipso facto* cette condition ? Il est certain que toute atteinte à la souveraineté territoriale d'un État est une atteinte à un intérêt essentiel de celui-ci. Mais, il est peut-être moins sûr, qu'une telle opération puisse toujours être qualifiée d'atteinte « grave » à cet intérêt essentiel.

Il est donc possible de ne pas totalement exclure cette hypothèse bien qu'il soit pratiquement improbable, d'en bâtir un édifice solide pour justifier la guerre préventive.

2.2. Les facteurs défavorables à la guerre préventive

Nous venons de voir les différentes entreprises de légitimation de ce nouveau concept de guerre préventive, tantôt défendu par des juristes célèbres, tantôt par la doctrine, poussée par l'impulsion de la pratique étatique. Mais les motivations et les justifications alléguées par certains États tels que les États-Unis contre l'Irak n'ont pas emporté l'accord du Conseil de sécurité (1), qui a justifié son refus par l'incompatibilité des interventions armées unilatérales avec les buts et principes de l'O.N.U (2).

2.2.1. *Le refus par l'O.N.U de défendre la nouvelle doctrine américaine de la légitime défense anticipative*

Même si une menace à long terme peut justifier une attaque anticipative, il sera difficile de prouver, dans les situations concrètes, que l'agression était certaine et inévitable. Les intentions agressives d'un groupe terroriste peuvent être déduites des finalités et des méthodes de ce groupe. Toutefois la stratégie des États-Unis inclut également les États « délinquants » ou *rogue states* parmi les cibles potentielles. De nombreux États portent des sentiments malveillants envers les États-Unis, mais ils leur appartiendront de prouver que ces dirigeants seraient passés à l'acte en l'absence de mesures anticipatives.³³

Dans l'affaire des « plates formes pétrolières » de la C.I.J, la Cour estime que la menace d'attaque contre les États-Unis proférée par l'Iran ne permettait pas d'imputer à ce dernier le tir de missile qui a frappé un navire³⁴. Cette doctrine de la légitime défense anticipative ne résout pas le problème de la charge de la preuve. Dans la même affaire, la Cour a refusé d'alléger le fardeau de la preuve qui incombait à l'État défendeur, celui qui a invoqué la légitime défense³⁵. Ainsi les menaces d'agression ou les préparatifs de guerre ne devraient pas être considérés comme des éléments de preuve suffisants qui annoncent avec certitude une attaque future. De plus, l'urgence qui caractérise généralement la menace d'une attaque imminente est absente dans le cas d'une action militaire anticipative. La doctrine de la légitime défense anticipative ne devrait trouver à s'appliquer que dans le cas où le conseil de sécurité est paralysé par un veto.

Pour prendre un exemple précis, la guerre préventive menée par la coalition pro américaine contre l'Irak a été entreprise sans l'autorisation expresse du Conseil de sécurité de l'O.N.U. Les principaux accusateurs de l'Irak, les États-Unis et la grande Bretagne ont rendu coupable le régime de Saddam Hussein d'atteintes multiples et répétées aux obligations que lui imposaient les résolutions du Conseil de sécurité. L'armée irakienne apparaissait comme l'une des mieux équipées, des plus sophistiquées et des plus modernes de la planète. La peur de la communauté internationale et surtout des États-Unis portait sur le fait que l'Irak était doté d'un programme nucléaire officiellement civil mais pouvant être détourné à des fins militaires. Suite à de nombreux contrôles effectués dans ce pays et des

³³ P. Weckel, *op. cit.*, p. 133.

³⁴ Arrêt de la CIJ du 6 Novembre 2003, par. 60.

³⁵ §57.

nombreux rapports de l'Agence Internationale de l'Énergie Atomique (A.I.E.A), les inspecteurs de l'O.N.U n'ont pas pu conclure à des manquements graves de la part de l'Irak. Pour Washington, « si rien n'est trouvé, ce n'est pas parce que rien n'existe, mais c'est que Saddam Hussein cache des choses », ce qui amène les Américains à faire pression sur les inspecteurs et à chercher des griefs supplémentaires contre Saddam Hussein.

Pour les tenants du pacifisme, la situation en Irak ne constitue ni une menace contre la paix, ni une rupture de la paix, ni un acte d'agression. Il n'y a donc pas lieu de recourir automatiquement à des actions militaires coercitives contre l'Irak.

Dans ces conditions, les Nations Unies se sont abstenues d'avaliser les buts de la guerre de coalition militaire pro américaine contre l'Irak. Cette action préventive américaine a offert matière à d'abondantes critiques juridiques.³⁶

2.2.2. *L'incompatibilité des interventions armées unilatérales avec les buts et principes de l'ONU*

« Il n'est presque pas de jour où le gouvernement d'un État ne veuille qu'un autre État effectue ou s'abstienne d'effectuer un acte et que l'État sollicité ne le refuse, qu'il s'agisse d'une nouvelle orientation à donner à la politique extérieure envers l'État demandeur ou envers des États tiers, d'un acte législatif ou tout bonnement d'un acte de pur fait »³⁷. L'action américaine ne s'éloigne pas de ce schéma-là, dès lors que le but de la politique et des actions des États-Unis contre Bagdad était de renverser le régime bassiste de Saddam Hussein. L'adhésion d'un État à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international et ne peut, par conséquent, légitimer des actions militaires préventives ou primitives sur le fondement d'un *prétendu droit d'intervention idéologique* dont la définition serait discrétionnaire³⁸.

La C.I.J détermine un comportement illicite à propos des choix étatiques qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte. Mais, ne constitue pas un acte d'intervention illicite en droit international, la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un pays, pourvu qu'elle se fasse sans discrimination et qu'elle se limite à « prévenir et alléger les souffrances des hommes ».

Si les États n'ont pas le droit de faire la guerre, ils ont, sauf existence de règles conventionnelles contraires, accepté un droit illimité d'acquérir des moyens de défense. Chaque État possède le droit fondamental de choisir et de mettre en œuvre, comme il l'entend, son système politique, économique et social. Mais, est-il possible que pour pallier à la carence d'un État, une puissance étrangère se substitue à lui et intervienne pour assurer la protection des Droits de l'Homme ?

Si la protection d'humanité n'est pas explicitement prévue par la Charte, elle n'est pas automatiquement et absolument illicite, dès lors qu'il s'agit de faire face à une menace exceptionnelle et très grave pesant sur la vie de nombreux êtres humains par une action de protection urgente. Cette intervention d'humanité doit donc être limitée dans son objet et dans sa durée. Si ces conditions ne sont pas remplies l'intervention devient interdite.

Il apparaît donc que ni les soupçons de violations des Droits de l'Homme pesant sur un État, ni l'orientation idéologique ou les choix politiques de son gouvernement, ne sauraient justifier, contre lui, le recours unilatéral et préventif à la force par un autre État.

Il est arrivé que certains États recourent à des actes de représailles en invoquant la légitime défense.³⁹ Dans le contexte actuel du droit international général et coutumier, les représailles armées constituent un usage illicite de la force (A.C.D.I, vol II, deuxième partie, p. 128). La résolution 2 625 de l'Assemblée générale du Conseil de sécurité de l'O.N.U établit clairement que les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force. Ces actes sont contraires avec

³⁶ N.M. Kombi, *op. cit.*, p.87.

³⁷ W. Wengler, « L'interdiction de recourir à la force. Problème et tendances », *RBDI*, 1971, p. 434.

³⁸ N. M. Kombi, *op. cit.*, p88.

³⁹ J. CL. Venezia, « La notion de représailles en droit international public », *RGDIP*, 1960, p. 465-498.

l'esprit de la Charte. Le système actuel de sécurité collective repose sur le principe qu'en dehors de la légitime défense, il ne peut être fait usage de la force que sur décision du Conseil de sécurité. Or, toutes les actions militaires préventives ont été menées soit contre l'avis du Conseil, soit sans autorisation expresse. L'article 51 de la Charte permet une action de défense contre une agression armée en cours. Les représailles interviennent en réponse à une action qui a déjà pris fin et, par conséquent, impliquent une volonté de punir. Le vocable *contre-mesures*, qui apparaît comme une nouveauté terminologique désigne globalement toutes les mesures prises à la suite d'un fait internationalement illicite.

Il serait par conséquent difficile de fonder la licéité d'une guerre préventive sur un prétendu droit d'intervention. La guerre préventive fait de son auteur le juge de sa propre cause. Par ailleurs, la décision d'engager des actions militaires préventives repose sur une appréciation unilatérale des motifs ou des justificatifs ou encore sur l'auto-qualification des faits par l'État guerrier préventif. Ce qui est contraire à l'esprit du système de sécurité collective établi par la Charte.

* *
*